

カードローゾにおける

司法過程と創造性の問題

三代 川 潤 四 郎

-
- 一 は し が き
 - 二 創造力と想像力
 - 三 選択とその困難
 - 四 選択と理性
 - 五 論理的問題と経験的問題
 - 六 む す び
-

一 は し が き

一 カードローゾー Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938)⁽¹⁾ は、アメリカの著名且つ卓れた裁判官として知られている。この稿においては、司法過程は創造性をもつという、彼の法思想の最も中心的な見解の一つを中心に、彼の法思想の紹介・解説を試みたい。

先ず、コーエン及びグッドハートによって、カードローゾーの思想と、裁判における創造性という現在の問題に対する展望を得ておくことにしよう。コーエンはホームズとブランドイスとカードローゾーを、「三人の偉大な裁判官」として論じている論文の中で、カードローゾーの法思想を大体次のように要約している。すなわち、第一。法は法律家や訴

訟依頼人にのみ関心をもたれる孤立した法技術ではなく、人間関係を組織された社会の中で調節する過程の本質的部分であるということ。第二。過去との継続、述べられた人民の意思に対する忠誠は重要ではあるが、生長する社会の法が、既に樹立された先例や何らかの書かれた記録の中に完全に含まれるということとはあり得ないこと。裁判官は判決に際して最高の決定力を持つが故に、社会過程としての法において決定的な役割を演ずる。カードゾーの思想の焦点は司法過程を選択的にして創造的なものとして強調する点にあった。第三。前述に対しては論理的には系たるものであるが、裁判官が、法をして人間に役立つものたらしめる責任に答えるためには、彼は、法の權威のみに依存するを得ず、自己を取巻く人生の實際的な事実を知らねばならず、又、諸種の社会的な研究や調査に従事している人々が提供することの出来る利用可能な最善の知識に常についてゆかねばならぬということ。コーエンはカードゾーの法思想を大体以上の三つの主張に要約してその紹介の理論を展開している。⁽³⁾

本稿が本心の問題とする裁判の創造性という問題は、今見てきたように、コーエンによってカードゾーの法思想の一つの焦点とされていることが分る。この問題は、裁判官たるカードゾーが、日々に行ってきた裁判に対する自己省察を通じて生れたものである。そして、この自己省察は、先ず、「司法過程の性質」(The Nature of the Judicial Process, 1921)として公刊された。この書物について、グッドハートは次の如く述べている。

「この小さな書物の驚くべき成功は、一つには著者の文体の魅力に基くが、一つには、それは、一人の偉大な裁判官がその書物の中においてはじめて、裁判官が結論に到達するに際して影響を与える意識的、無意識的な色々な考慮の注意深い分析をなしたという事実に基づくのである」。そしてグッドハートは、天才とはそれまでに明かにされなかったものを明かにする能力に存すると言われているが、その意味においては、彼の書物は天才の書物であると激賞し、「それらの講義は、個々ばらばらに見ると驚くほど新しい思想を含んでいないが、司法過程の分析として全体的に見ると、法的文献の中に匹敵するものない一つの絵図を吾々に与える」と。また、「法学教育におけるケース・メソッドは、司法過程が既に樹立された前提からする論理的分析のみ存するという思想を強化した。然しカードゾーはかかる解釈がいかに不適切であるかを示し、かくすることによって、アメリカ及びイギリスにおける法律の学問に新しい方向を与えるのを助けた」と。

H・F ストーンも「司法過程の本質」の書物が公刊された当時のブック・レビューで、法について考察する文献はどんどん増えてゆくにも拘らず、「何人も今まで、司法過程の分析にその注意を特に指向せしめなかったということ」は奇妙なことである」とし、カードゾーの司法過程の分析の先駆者的役割を述べている。天才と呼ばれる人々の仕事も時の経過とともに一般的なものとなり、天才の努力がその当時の状況のなかで考えられなくなり、陳腐なものと思われるにいたることは屢々あることであろう。カードゾーの仕事についても「コロンブスの卵」について言われることが、或る程度当嵌るであろう。カードゾーの法思想の一つの焦点である、司法過程の選択的で創造的な性質を強調する傾向は、ストーンの言葉からも想像し得るように、カードゾーの最初の書物の当時から存在している。

ところで、カードゾーの司法過程の分析は、更に、「法の生長」(The Growth of Law, 1924)、「法律学におけるパラドックス」(Paradoxes of Legal Science, 1926)として発展したが、この発展は司法過程の創造性の分析の発展とも見ることが出来る。蓋し、司法過程の分析は、裁判官の思惟の過程の分析をも必須のものとして含み、それは単に裁判官の誤った不当な心理過程を含む以上に、彼らの在るべき正しい心理過程の分析をも含むであろうが、後者は更に司法過程の創造性の分析に導くと思われるからである。そしてカードゾーは、裁判官の在るべき心理過程の分析を進展せしめることによって、彼の探究は、社会的心理的分析をなしつつも、司法過程の単なる社会学的心理的研究以上の法の根本問題の本質論的な研究たる色彩を顕著にしてゆくが如くに思われる。

二 カードゾーが司法過程の創造性を強調するとき、その理論的背景は何であつたか。換言すれば、彼は自己の理論の主張に際して何を批判の対象としたのか。このことを知ることは、彼の創造性の主張を理解する上において便宜かと思われる。それは、前に引用したグッドハートの見解の中に或る程度示されているように思われるが、それが、いわゆる概念法学ないし概念法学的思惟、アメリカにおいて機械的法律学とか司法機能蓄音機理論と呼ばれるもので

あつたことは明かである。概念法学的思惟の特質を直接正面から研究することは本稿の課題ではないが、司法過程の創造性の問題は、歴史的にも理論的にもそれに深い関連をもつ。然し概念法学的思惟がいかなるものであるかは、一般によく知られていると見られている。それ故ここでは、紹介の論議の展開に必要な最少限度に、概念法学的思惟がいかなるものとしてカードゾー及びその他の人々に受取られたかを、簡単に示すに止めたい。カードゾーは次の如く述べている。

「年月が経過し、司法過程の本質に対して反省すればする程、私は不確実性に甘んずるようになっていった。蓋し私は、それ「司法過程の不確実性」を不可避免的なものとするほどまで生長したからである。私はこの過程は、最高的高みにおいては発見ではなくして創造であること、疑惑と憂慮、希望と恐れは精神の陣痛——原理がその生涯の奉仕を仕掛けて死滅し、新しい原理が生れる死の苦悶と生の苦悶——の構成部分であるということを了解するまでに生長した」。また、カードゾーは次のようにも述べている。

「裁判官の任務は、認定された事実に対して、制定法を読みさえすればそこから出てくる命令を適用することにあるのだとする一般の考え、フランクフルター教授の言葉をかりて言えば、裁判所は「確定不動の内容をもち、それ自身で意味を物語っているような言葉、すなはち、純粹な推理過程を施しさえすれば、当然にその意味が感得出来るような言葉の解釈者となるのである。」司法過程に対するこのような見解は、假令アメリカ法全体が制定法のみで構成されているとしても到底成り立ち得るものではない」。

アメリカにおいては、概念法学的思惟に対する批判は、法における確実性への批判の形をとって開始されたと云えよう。確実性という言葉の意味は必ずしも確実ではなく、種々の意味に使われるように思われる。然し法は確実であるとの見解が批判の対象とされるとき、それは、或る判決や解釈が或る既成の原理によって絶対必然的に要求されるという見解、換言すれば、或る判決や解釈が明確な規範から演繹的に引出されるが故に、それらの判決や解釈は数学の場合と同じく確実であり絶対必然的であるという見解であると言つてよからう。論理学的に考えれば、判決や解釈が演繹の形態をとるとき、数学の場合と同じく、そこには不確実性というものはあり得ない、と一応は言い得よう。

然しそれにも拘らず法における不確実性が云々されるのは、確実性というものが、論理的確実性としてではなくして、因果的な過程の問題として、又目的論的な問題として具体的妥当性の問題として考えられているためであると言えよう。

概念法学的思惟には、論理的確実性のみ注目し、それが存する場合には他のいかなる意味における不確実性も存しないと見る傾向があるように思われる。次に引用するカードゾーの言葉は、論理的確実性が存するにも拘らず、屢々多くの法律家を悩ます司法過程の確実性への懷疑・嘆をよく表現している。彼はそれを工学者の場合との対比において述べている。

「『彼ら是对数表によって立派な仕事をなす』。私の中にある最上のものを無理やりに生み出し、そしてその仕送げられた産物をとくと眺め、それがよく出来ていると言いだない時、深い哭が漏れるのである。かかる不安な瞬間に、私は、強大な橋の設計者に訪れるに相違ない心の平和を吾と自ら想像するのである。彼の完成せる作品は真理の有する凡ての美と單純性と不可避性を帯びて彼の眼前に存在するのである。彼は塔や橋脚や鋼索が圧力や張力に耐えないのではないかとという危惧によって困惑することはない。彼の仕事は知ることである。若し彼の橋が堅ちたなら、彼は不名誉と破壊の裡に沈むであろう。然しそれにも拘らず、彼は決して恐れをもたぬ。彼がなしたのは決して実験ではない。彼はたとへ汎濫が橋下で狂つても、男女を岸から岸へと運ぶ・安全に恐怖を感じしめることなく彼等を運ぶ公道を作ったのである」。

かくの如く工学者の場合と対比する時顕著となる法の確実性への法律家の懷疑は、カードゾーによつて表明されているばかりではない。アメリカにおいては、法の確実性の問題は、自然科学における確実性（それは一般に高度の蓋然性をさすものであるが）の觀念と、自然科学の方法に対する信頼と結びついて展開された。そしてかかる傾向の急進的なものはリアリズム法学の中に見出されるのであり、ジェローム・フランクの見解はその端的な表明である。コーエンは「……科学や体系を可能ならしめる知的過程に関心を有し、いかに屢々訴訟関係者の期待が挫折せしめられるかに注意する者は、法の中に少しでも確実性を発見せんとすることに對して自ら同情をもたなくなるのである」。

このことはシェローム・フランクの「法と近代的精神」(Law and the Modern Mind)の主な論点の一つである」とし、フランクの所説の批判的紹介を行っている。⁹³⁾

カードゾーは、フランクの如く急進的ではなく、リアリズムの最も穩健な代表者の一人に数えられている。カードゾーはリアリズムの欠陥と行過を認めながらも、なおそこには捨てることの出来ぬ貴重なものがあるとして、リアリズムに向けられた色々な非難に対してその擁護を試している。その理由の一つは、概念法学的思维における確実性の偶像を破壊することの理論的実践の重要性を認める点において、彼とリアリズムとが根本的共通性を有するからであると言えよう。⁹⁴⁾

三 以上によって、カードゾーの司法過程の創造性の主張の背後に、概念法学的思维に対する批判が存在するところが大よそ示唆し得たかと思う。ところで一般に、概念法学的思维に対する批判は、既に今から一世紀前の十九世紀の中葉に、キルヒマンの批判によって開始され、自由法論、目的論的方法として結実したと解されていると言えよう。それ故、概念法学的思维を非難すべきものとすることは、今日では、ヨーロッパであるとアメリカであると我が国であるとを問わず、自明の通説になっていると言えよう。然しながら、注意すべきことは、今日においてもなお概念法学的思维の残存が云々されるということである。米柄教授はキルヒマンを引用しつつ次の如く述べて居られる。

「……一般に、何れでも既存のカテゴリーに押し込み、一切の事象の解決を現存法規から引出そうとする方法は概念法学として非難されている。それにも拘らず、法律家は今なお、概念法学とそれに伴う欠点から完全に免れているのではなからうか。それは次の如き考え方の中に表われているように思われる……」⁹⁵⁾

カードゾーが前述の如くリアリズム擁護論をなし、又、「彼(カードゾー)の生涯は、それ(司法機能蓄音機理論)に対する雄弁な抗議であつた」と言われ得るのは、カードゾーの当時においてもなお概念法学的な思维と法律観が、

アメリカにおいて広く存在したが故であると言えよう。レヴィーが「裁判官は、法が何であるかを告げるにすぎぬといふ神話は、ダイシーやグレイやコーエンが数十年前に消滅したと説明するにも拘らず、今日に到るまで執拗に存続して来た」と言う時、それは前述と同じ趣旨と思われる。このことは概念法学的思惟が、何時いかなる理由で批判されたということを知ること、そのような誤謬から實際上免れることが、別箇の問題であることを示すのみならず、概念法学批判の理由を検討し明瞭化することの現在における困難性と重要性とを示唆しているようにも思われる。

ところで、司法機能は法の発見ではなくして法の創造と考えられねばならぬという思想は、カードゾーも述べているしその他多くの人々によつても述べられているところであらうが、重要なのは言葉ではなくしてその言葉によつて示されている意味であると言えよう。言葉は記号である故、「法の発見」という言葉を用いるに際して、司法過程には選択と創造があるという意味をこめて、なおかつ「法の発見」という言葉を用うことは可能であらうと思われる。然しその場合、吾々は、「法の発見」「法の創造」という言葉が使われてきた歴史的社会的な含みないし用語法上の差違に注意することは必要である。然しそれとともに、「法の創造」という言葉が、常に正しい意味において用いられるという保障もないことに注意することも重要ではなからうか。前の点すなわち、用語法上の重要性については、コーエンは次の如く述べている。

「……大陸を發明することと発見することとは兩立しがたいことである。然しながら、吾々が人間の事象に到る時、この対立命題はその対立の鋭さを減ずるのである。機会を作製することと発見すること、時間を作製することと発見すること、理論を作製することと発見することとはそれはど明瞭に対立しているのではない。それ故、世間に行われている術語の中に体现された流行理論の圧力の下に、法作製の過程が法の発見と呼ばれるにしても何ら驚くに足りない。……〔然し〕兎に角、司法立法の過程が法の発見と呼ばれるか法の作製と呼ばれるかは、極めて大きな実際的重要性をもっているのである。法を発見するのだということは、法は判決以前に存在することを意味し、かくしてそれは、法に対する司法上の貢献或いは司法上の決断 (arbitrium iudicium) やそれを決定する諸要素の重要性を減少する方向に傾く」と。

本論に入る前に、この稿で裁判ないし司法過程の創造性とは、判決の創造性と法の解釈ないし理論構成の創造性の両者を含むことについて附言しておきたい。裁判は具体的な判決作製を中心とするが、一般に、判決は判決理由をもつことによって、法の解釈と一般的理論構成をもつ。それ故、司法過程の創造性とは、判決が創造的でありそれに対する明示の創造的な理論構成がなされる場合と、創造的な理論構成が明示になされていない場合がある。又、判決はさして創造的には見えないが、判決理由が創造的な場合もある。然しいかなる場合にも具体的判決は一般的理論に關係をもたないものはない。何故ならば、判決が常にいかなる点についても明示の充分な理論構成をもつとは言えないにしても、他の事件との間に相似したものを全然もたぬほどに異常な事件はなく、判決は常に論理的には、そのような相似を基礎とした一般的な理論構成を前提とし、暗示には事件の類に対して下されていると解されるからである。

カードソーが司法過程の創造性を論ずる場合、創造的な具体的判決を作製する場合と、創造的な一般的理論構成をする場合の両方を、前者を中心の眼目としつつ一緒に論じているように思われる。本稿においても、裁判ないし司法過程の創造性という言葉によって、特に記す場合の外は両者を包含する。

- (1) カードソーの紹介並びに研究としては、鶴飼・カールドソーの法思想（高木八尺先生古稀記念「現代アメリカの内政と外交」所収）、松田勝義・裁判官としてのカールドソー（二・二）（法学二十三卷一・三三）、司法過程の性質（法学セミナー・一九五九年三三）、拙稿・カールドソーの仮説的法律観（金沢法学三卷二二）、カールドソーと法哲学（金沢大学法文学部論集・法経篇四）がある。

- (2) M. R. Cohen, *Three great judges, in The Faith of a Liberal*, 1946, pp. 41-2. 傍点は三代川、以下同じ。

- (3) カードソーの「司法過程の性質」は、イェール大学においてなされた講義であった。講義が開始する以前に、カードソーは、講義が技術的・専門的である故、誰もそれに興味を持つとは信じがたい、と言ったので、イェール法学学校は割合少数の

聴講者を予想して準備したが、数回の講義が終る頃には大聴衆となった、と言はれてゐる (Cf., *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo* edited by Margaret E. Hall, 1947, p. 107)。

(4) Goodhart, *Five Jewish Lawyers of the Common Law*, 1949, p. 58.

(5) Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, p. 178.

なお、以下に示さるものは本書は *Nature* と略記し、*The Growth of the Law*, *The Paradoxes of Legal Science* は大々 *Growth*, *Paradoxes* と略記する。頁数はすべて前掲ホール編の *Selected Writings* の頁数である。

(6) Cardozo, *Growth*, p. 246. 守屋善郎訳・法の発達、第一三二頁。なお、以下においては、日本数字の頁数は、守屋氏の訳書の頁数であり、訳文も概ね同氏の訳に依る。

(7) Cf., M. Cohen. *The process of judicial legislation, in Law and the Social Order*, 1938, p. 113. 以下に示さるは本書は L. S. O. と略記する。

(8) Cardozo, *Paradoxes*, p. 252.

(9) B. H. Levy, *Cardozo and Frontiers of Legal Thinking*, 1938, p. 40, n. 10.

(10) M. Cohen, *A critical sketch of legal philosophy in America*, in *LAW-A Century of Progress*, p. 309.

(11) 拙稿・カードゾーの仮説的法律観、金沢法字、三卷一、二、一七二頁—四頁。Cf., Cardozo, *Jurisprudence*, p. 19.

(12) 来栖・法律家、末川先生還暦記念「民事法の諸問題」、二三八頁。

(13) M. Cohen, *Three great judges, in The Faith of a Liberal*, pp. 43-4.

(14) Levy, *ibid.*、レヴィは本文の如く述べているが、コヘンもやはりかかる思维の存続を認めていることだ、カードゾーの生涯をかかえる思维に対する雄弁な抗議であるとする点においても明かであるうが、それは例えば *European legal philosophy*, L. S. O., p. 307 においてイーリングの現代的意義を指摘している点にも認められる。

(15) ウェルツェルは「立法者と科学には、法を「創造」することなどはできない」という見解を述べている。(内藤・目的論的行為の法思想的考察、刑法雑誌九卷二号—五三頁)

(16) M. Cohen, *The process of judicial legislation*, L. S. O., p. 121.

二 創造力と想像力

一 司法過程の裡に創造性の存在することを認めるのは、今日においてはさして珍しい見解とは言えないかもしれない。然らば創造とは何か、それは何によって如何にして生ずるか。カードローは司法過程における創造をいかに考えているのであろうか。カードローは次の如く述べている。

「これらの拘束の最中において、法の労働者は、時として、法的武器庫の武器の豊富さによって感銘を受けるであらう。繰返していうと、法律家が困難に取巻かれて、時 (in hard cases)、若し彼が用うべき透徹した眼 (perceiving eye) を持っているならば、裁判の仕事に役立たしめられ得る原理や先例や類推が存在しているのである。それ (透徹した眼) は科学者の洞察 (observations) に似ていないこともない。科学者の実験は輝き仮説の閃によって有意義なものとなればならぬ。蓋し、法における創造過程、まことに科学一般における創造過程は、芸術における創造過程との間に親縁性を持っているからである。想像——それは諸君が科学的と呼ぼうと芸術的と呼ぼうと、夫々にとって創造する能力なのである」。

右の引用には多くのものが含まれていると言えよう。例えば、第一に、具体的な判決や実験に際して、一般的理論が「武器」の如くに役立つこと。このように役立つ一般的理論が意識的に明確に把握されていない場合にも、具体的な判決や実験は、それを有意義なものとするであらう如き一般的理論の直感的な感得によって指導されねばならぬこと。第二、判決の場合について、やや言葉を変えて言えば、判決の前提となる規範は凡ての規範ではなくして、判断する者が規範と考えた規範なのであり、法的武器庫の中からいかなる規範を選び出すかには、「透徹した眼」・「想像力」の役割があること。第三、単に具体的な判決を作る場合のみならず、一般的に言って、法における創造力とは想像力であることが述べられている。

そして又、右の引用の中には法律学の方法論を科学一般の方法論との共通な地盤において考えようとしている態度が見出されるであらう。彼の法理論には法律と道德の間の共通性のみならず、それらと自然法則との間の共通性を、

統一的見地において強調しようとする傾向が存するが、かかる傾向は司法過程の創造性の考察においても同様存在している。すなわち、彼の研究は、司法過程における創造が自然科学等における創造といかなる点において相違するかを明にすることに重点を置いていたのではなく、司法過程における創造と自然科学等における創造の間に、いかなる共通な地盤が存するかを明にすることに重点を置いていた。そして、かかる傾向は、カードゾーのみならずアメリカ法思想に顕著に存する傾向かと思われるのであるが、彼は、このような共通地盤を尋ねて、想像力こそ創造力であるとするのである。かかる見解は、通常、芸術的創造について強調されているところであるが、彼は、この見解をば、科学的創造にも法的創造にも当倣る見解、より広く、創造一般を説明するものと見ているのであると言えよう。次に掲げる彼の言葉は、先の引用よりもより一層明瞭にそのことを示している。

「今や疑なく、靈感、といふ直観的な閃 (Intuitive flash of inspiration) は凡ての科学、凡ての芸術そして凡ての行為の根柢に存する。……この過程は吾々が理論から実践に、思想の領域から行為の領域に移る時異なるところはない」と。

カードゾーは前の引用では判決や実験という具体的なものを中心にその見解を述べているが、この引用においては、判決や実験という具体的なもののみならず、一般的理論についても、創造が想像力を根柢とすることを説いている。このような引用からも分るように、カードゾーが学問・芸術・行為や、理論と実践における創造の根柢に想像力を指摘することは、それらのものにおける靈感・直感・勘・洞察の重要性を強調するのと略々同じ意味においてであると言つてよからう。

ところで我国においては、裁判や法の解釈における創造性が問題とされる時、勘・直感の重要性が認められることはあるにしても、それは極めて少いと言へるのではなからうか。村松判事は勘の重要性を強調して居られるが、それは数少い努力の一つではなからうかと思われる。むしろ一般には、日本人は非合理的であるから勘に頼りすぎるのであり、科学が進歩すれば勘は不必要になる、勘というものはそれ自体非合理的であり、そのようなものに頼ることは

科学としての法律学に許されざることである、という傾向の考え方が強いのではなからうか。日本人は或る種の勘が鋭いが、それに頼りすぎ合理的な分析の努力を怠りがちであるという非難は当るかもしれないが、そのことから直ちに一般論として勘や直感の重要性を軽視することには大きな問題があるう。

然し勘や直感に頼るのは単に日本人のみではないようである。村松判事は「結論が直感的に先に出る、理由はあとからつけるものだ」ということが、日本の裁判官のみならず、外国の裁判官にも共通した意見のように思われることを、末弘博士を引用して述べて居られる。⁽⁹⁾カードゾーも亦末弘博士や村松判事と同じ趣旨の言葉を述べているが、彼は更に、勘とか常識的な漠然とした感じに頼ることを、多くの人々は負目と感じそれを公言するのを憚ることが多いことを述べている。彼は、グラハム・ウォラス (Graham Wallas) による思惟の技術の分析を、多くの洞察をもつものとして引用しつつ、次の如く言っている。以下はカードゾーの引用するウォラスの言葉である。

「私はかつて私の知っている最も立派な行政官に、いかにして自己の決定を構成するのか、と尋ねた時、彼は笑つて、秘密の罪をはじめで漏らすといった調子で言つた。『第一、私は常に感じ (feeling) で決定しております。某氏は常に計算によって決定して居ます。然しそれはよくない。』私が再び、その技術と公正さの両方によって広く賞讃されている或るアメリカの判事に、どのようにして彼と彼の仲間の人々は結論を構成するのかと尋ねた。すると彼も亦笑つて、若し、よく注意して凡ての証拠を聴き出来るだけ注意深く凡ての論議の跡を追つた後、何らかの仕方では「感ずる」まで待つのである、ということが知れたならば道徳を投げつけられるでしょう」と。

政治や法という、人間の貴重な生命や利益の決定に与る真面目な事柄において、勘や感じという漠然としたものが重大な役割を演ずることが、たとえ事実であるとしても「秘密」であり、「笑」によってのみ漏らされるものとされていることは、我國の事情と考え合わせて甚だ興味深く思われる。然しカードゾーが、勘や感じが思惟の過程において重大な役割を演ずることを、止むを得ざる悪ないし恥すべきことと思つていたのでないことは明かである。彼は、チェンバレンの「イギリス外交政策の基礎」 (Sir Austen Chamberlain, Bases of British Foreign Policy) を読む

時、「國際外交におけるイギリスの政治家を動かした力は勘であつたことを学ぶ」とし、更に勘の理論について「勘の理論は、心理的分析の企として見るならば重要な真理を表現してゐる。それは思惟の技術の諸段階の一つの生き生きとした注目すべき叙述である」と述べている。³⁰

そしてカードゾーは、勘や感じが隠さるべきものと見られ、公言することを遠慮される理由の一つを次の如く考へている。すなわちそれは、勘や感じが生れるに到るまでの準備や育成を看過するからであり、そのような準備育成と、それに続く精神の状態との間に親縁關係が殆んどないものと考へるからであるとし、ジェームスの言葉を引用している。「吾々は結論が生れると、結論の獲得に先行する大部分の諸段階を忘れてしまふのが常である」と。

二 以上によつてカードゾーが、想像力・勘・感じ・靈感・洞察をば、裁判や法の解釈における創造する力として強調しているのを見た。然しかかる強調も亦カードゾーのみに限られないであらう。想像力・靈感を創造力と見、創造における狂気の役割を強調するのは哲学における通説的見解ではなからうか。コーエンは、「通常の意味における健全 (sanity) は精神的な死である。それは靈感、神的な狂気 (divine frenzy madness) によつてのみ救われる」とし、「プラトー、アリストテレス、シェークスピアやゲーテも亦理性からの一種の解放を榮光化し、彼等はそれを狂気 (madness) と呼ぶことを躊躇しない。常識的思想家の保護者アリストテレスですら、偉大な精神は痴呆的な要素から自由ではないと述べたと看做されているが、彼が詩は歴史よりもより一層真実であり重大であると主張したことは確かである」³¹。コーエンは又、ジェームスの如きプラグマティストですらヴィジョンの重要性を認めたことを述べつつヴィジョンの重要性を強調している。「それ故に私は、ウィリアム・ジェームスが哲学の本質はヴィジョンであつて技術ではない、ヴィジョンのない所においては人々は滅びる、と宣言するのをはじめて聞いた時多大の共感を感じた。吾々は知識をそれ自体のために愛し凡ての技術を最高の真理のヴィジョンを獲得するための手段と看るので

なければ、吾々は哲学者という名称を空しく帯びることになることは確かである」と述べている。

アリストテレスと同じく、平均的人間の立場を擁護する哲学であるかの如くに考えられているプラグマティズムの創始者パースも亦シエームスと同じく「あらゆる真の帰納は天上からの直接の靈感である」とし、帰納における神秘と靈感の役割を認めている。パースは理論的に靈感の役割を認めるのみならず、彼自身が狂気の人であった。パースの死後、その全集の編輯に関係したワイスは、パースの、教職をすら確保出来ぬ實際的無能と、そのために彼が被った経済的・社会的・肉体的苦しみを述べ、「彼は当時においても、また、今もなお心の痛む人物 (pathetic figure) である」と回顧している。

アリストテレスが常識的思想家であつたか否か、プラトール等が狂気の外の何ものをも強調しなかつたかどうかということは現在の問題ではなく、学問や芸術における靈感や狂気の役割の強調の歴史が示唆されれば足りる。このような強調は、特にルネッサンス以後の近代において強化されて今日に到つたと言えるのではなからうか。アイヒバウムは創造の選手たる天才の語が明確化したのは一七〇〇年頃のイタリア・ルネッサンスの時代であり、それは近代における自我の覚醒・高揚と平行して発展し、「天才と狂気」という言葉は十九世紀の末以来ドイツで流行となり、今日では、天才という言葉は現代における最も好まれる言葉となつてゐることを述べている。

三 然らば次に、何故に想像力が創造に対して重大な役割を演ずるのであるうか。この場合、時として狂気と呼ばれる想像力がいかなる場合に活動を開始するかを知ることは、想像力・狂気の創造における役割を知る上に重要なことのように思われる。すなわち、想像力は、それが豊かな人と然らざる人という個人差はあり、又、想像力が働きやすい自然的・社会的環境と然らざるものの区別はあるにしても、それは、困難・問題の感得によつてはじめて活潑に活動するに到ると言えるのではなからうか。すなわち、屢々「窮すれば通ず」と言われるが、窮して通じない場合

があるにしても、窮することが解放の通路の発見の充分な条件ではないが必要な条件であることは一般的に言い得るであろう。尤も問題・困難といつても、それは理論的な問題に限られず、理論的な問題と共に実践的な問題もあり、知的な問題と共に倫理的な問題・美的な問題もある。そして社会的な問題の感得の場合には、理論的な問題と実践的な問題を未分化な複雑な錯綜において感得することが多いであろう。カードゾーの理論の場合も発生論的には理論の問題と実践の問題の複雑な錯綜における感得であつたと言えよう。⁶⁷カードゾー自らの司法過程の分析が問題・困難の感得によって開始されたばかりではなく、先の引用（註一）が示唆しているように、彼は、かかる問題・困難の感得の創造における重要性を理論的に認めているように思われる。彼は、裁判における解釈に際して競い合う諸々の方法を分類し、その選択を論じて次のように述べている。

「……この場合、司法過程は小宇宙である。吾々は論理とともに成る点に到達するまで進んで行く。最初は何の道にも困難はない。それらの道は同じ線に沿っている。次にそれらの道は分れはじめる。そして吾々はそれらの道のどれを選ぶかを選択せねばならぬ。歴史か慣習か社会的効用か、それとも心理に対して強制的な正義の感情か、それとも、時としては、恐らく吾々の法に充満している直観的な理解か、が渴き求める裁判官（arbitrary judge）を救うために訪れ、彼が何所に行くべきかを告げるに相違ない」。

彼は又、法の解釈の世界をアメリカの国土に譬へ、アメリカの国土において辺境は消滅したとしても、解釈の世界には決して辺境はなくならないことを論じた中で、次の如く述べている。

「幾世紀にも互る判決の後においては、もはや辺境は消滅した、もはや植民されざる土地はなく、もはや星雲は存せず、ただ人の住む世界のみであると想像する者もいるだろう。然し眞実はそうではない。未だ法が形成されて居らず法が欠如している題目がある。……」

幾世紀にも互るコモン・ローの発展にも拘らず、夥しい裁判官とより一層夥しい判決にも拘らず、今日もなお植民されずに残っている基礎的にして第一次的という意味で重要な多くの問題があるという、高まりゆく驚の感情なしには、この仕事の遂行に一つましい役割をも果し得ぬであろう。⁶⁸

「この仕事」とは裁判と解釈における辺境の開拓を指す。第一の引用は、困難に直面して解決を渴き求めることによ

って救いが訪れるであろうことを述べている。第二の引用は、多くの重要な問題が存するという一般的な驚の感情の重要性の指摘としてのみならず、個々の問題を驚の感情をもって問題とすることの重要性をも述べていると見てもさしたる無理はなからう。すなわち、カード・ゾーは、吾々の探究が困難・問題の感得から出発すると考えていると言えよう。コーエンにも同様の趣旨の強調を見ることが出来る。すなわち、

「今までに読者は、真理は何であるかを発見する方法は、『事実を研究すること』であるとか、『事実をして自ら語らしめること』であるとかと信じていたり言ったりすることで非難されたことがあるだろうか。私はこの書物の最初の章で次の事を示唆した——慣習的信念が、吾々の親しんでいる環境の内部の変化によって、或は好奇心によって、疑問の裡に揺動せしめられるのでなければ、吾々は全然考えることをしないし、又はありきたりの考えしかためのであるということを示唆した。……それ故、真理は『事実を研究すること』によって発見されるとするのはまことに皮相な見解である。そのような見解が皮相であるのは、いかなる探究も実際のない理論的状況の中に、若干の困難が感得されるのでなければ軌道に乗って進行しないからである。吾々の探究をば困難が除去される事実の間の秩序に導くのは、困難であり問題である」。

四 創造は困難・問題の感得より出発するという見解を紹介した。又、先に、「想像力」という精神の或る作用を表わす言葉と、「狂気」といふ精神の情熱的狀態を強く印象付ける言葉が、創造に関連して殆んど同義に使われているのを見た。以上の二つの事柄を統一的に理解し、想像力の創造における役割を考えるに際し注意すべきことは、情念ないし情熱と呼ばれるものと創造との深い密接な関係ではなからうかと思われる。すなわち、困難・問題の感得は情念を伴った行為であるが、知的探究一般が広い意味における一種の実践ないし行為と見ることが出来、そして行為は常に情熱を動力としそれを背景として行われるということである。

情熱とは性的情熱や美的情熱を指すばかりでなく、倫理的情熱や知的情熱も亦存在する。社会的な愛の情念が存すると共に、富・名誉・権力への情熱、建設の情熱と共に破壊の情熱が存する。そして知的探究は、知的情熱や倫理的情熱やその他の情熱を種々な程度の組合せにおいて、原動力とし背景としていえるのではなからうか。そして

更に注意すべきことは、想像力は典型的には、狂気と呼ばれる状態において十分な活動がなされる、それ自体困難なものであり、又、かかる想像力の活潑な活動を阻む個人的・社会的な力は極めて強いということではなからうか。先に引用したコーエンの見解は、右に述べたごとき事態を示唆している。更に彼の見解を藉りることにしたい。

「……然しながら、根柢において、記憶すべき根本的な事実^{fact}は、すべての人間存在が実際にもっている部分的な合理性は、労苦にみちた獲得物であり、そしてこの合理性は、その獲得物が習慣的なものとなる程度において有効となるにすぎないのが普通である、ということである。然し習慣的なものは亦展々それを超えた洞察を妨げるのである。何らかの靈感ないし、ディオニソス的な狂気によって、散文的な常規の獄を破り、彼方のより偉大な実在の瞥見を促へ得ることを希望するのは、まさにこの故である。詩的想像力が吾々にかかる訴をなすことは疑ない。詩的想像力の力は次の事実——吾々の想像力の働が現実の存在の生の事実への訴によって妨げられる時、吾々は自己の存在の髓までこごえる感をもつという事実の裡に認められるであらう」。

「若し想像力が、実際に存するものの彼方を見る力を指すならば、それは、すべての精神的眺望の根本的基礎である」。

すらわち、創造性と想像力の問題は、消極・積極の二面から考えることが出来よう。第一は習慣の支配力が想像とその洞察を妨げるといふ側面からである。吾々が個人的にも社会的にも、いかに反覆と習慣の重い錘を引きずっているかは、吾々が時として気付いたり想像したりするよりも遙かに大きなものであることが充分且つ正確に研究されなければならぬように思われる。習慣とは、何を食べ何を着るか等々の物質的・生活的な習慣や、社会的・歴史的な制度的慣習をも含むのみならず、思维における習慣を含む。このように言うことは一般に適當ではなく、一つの衣食住の習慣と雖も個人的な側面と社会的・歴史的な側面をもち、又、物質的であると共に精神的である場合が多いと言えよう。それ故、男が女の衣服を着ける困難は又、思维の情性を脱することの困難でもあらう。然し觀念において習慣の変更の必要を認めた場合においても、些末な習慣ですらそれを変更することが困難である点に、習慣の大きな力があることが出来よう。そしてかかる困難は、人々に気付かれにくい思维の根本的な習慣の場合に更に甚だしいものがあると言えよう。コーエンは、近代力学の根本原則の一つである慣性の法則が、社会的現象の理解の有効な方法的

原理たることを認めている。⁽³⁵⁾ 現在の問題に即して言えば、思惟における慣性の法則を認めることは、創造的洞察の困難の理解に重要な参考となるであろうということである。

習慣が創造を妨げるという現象は、裏返せば、吾々における想像力の貧困ということである。夢をいだくことと空想することは、誰でもがなし得る容易なものと考えられがちである。然し、一般的に言えば、創造的な洞察は勿論空想力すら貧困であり、通常人においては、寝ている時でなければ夢を見ることができないと言う方が適切ではなからうか。空想やお伽話を子供のものとする考え方の中にも、想像力の重要性に対する通常人の否定的な見解が表明されていると共に、自らの想像力の貧困に対する自己弁護がある。アイヒバウムは、通常の間人は華々しい夢に飢えて居ることを述べている。彼も亦、通常の健全な人間においては、重力の如くに牽きつける習慣的現実から超越し高く飛翔することの困難であることを認めている如く見える。⁽³⁶⁾

五 以上において習慣の力の偉大さと想像の困難に関する見解を紹介した。創造力の問題は以上のごとき消極的な側面から考え得るのみならず、より積極的な側面から考えることが出来よう。積極的な側面というのは、想像力や狂気によって得られたヴィジョンや仮説が創造においてもつ重要性のことである。ヴィジョンや仮説の創造における役割を、カードソーはどのように考えているだろうか。一例を挙げると、彼は、先に引用した、「靈感の直感的閃は、凡ての科学、凡ての芸術、否、凡ての行為の基礎に在る」という見解を述べた後、コーエンを引用して次の如く言っている。以下はカードソーが引用するコーエンの見解である。

「吾々の根本的単位・光波・電流や電気抵抗・新陳代謝の率等々は、あらゆる種類の着想と、それから嚴格に演繹されたものによつて啓発された眼にしか決して見えないのである。通俗的科學史家が述べている偶然的発見は、それに先んじて、大量の思想をその問題に捧げた人々以外には決して生起せぬのである。理論的理性によつて啓発されない観察は不毛である。まことに、よく推理された予期ないし吾々が発見せんと期待するものに関する仮説なしには、何ら見るべき明確な対象がないのであり、吾々

の探究に何が関係しているかを検討しようとしても検討のしようがないのである。空の頭で口を開いて自然を眺めている者には智慧は訪れることはない⁽³⁷⁾。

カードゾーは右のコーエンの見解を、自ら屢々繰返した見解の補遺として述べている。カードゾーは法的思惟における直観・靈感・洞察の重要性を繰返し述べ、そこに、他の学問や芸術等における創造との類似を指摘しているが、何故に仮説や洞察が創造において重要な意義をもつかの説明には乏しいように思われる。然しカードゾーが想像力と洞察を強調する理由は、右のコーエンからの引用が示す如き点にあると言つてよからう。

右の引用の趣旨は、ヴィジョンや仮説なしには、物を見るところと自体が困難であるということである。考察を事実が関係する領域に限定しても、見る眼を持たなければ、いかに重要な事実も重要な事実として眼に見えてこない⁽³⁸⁾ということは、あまりにも平凡且つ陳腐で屢々忘れられるが忘れられてはならないことであろう。このことは事実が自然科学的であると歴史的たると社会的たるとを問わぬであろう。事実は無限であり、吾々が物を見るところは、重要な事実をその無限の事実の中から選択し、捉み、それによって他の事実を統一的に合理的に理解することを目指すのであろう。そして何が重要であるかを捉む点に、詩的想像力・ヴィジョン・仮説の役割があると言えよう。

「詩が歴史(単なる術語による叙述——『博物学』(Natural History)——に過ぎぬアリストテレス的意義における)より以上に真実で真摯であるとするなら、それは重要なものを掴む努力の故である」。

「非常に丹念な歴史家や専門家の哲学者が掴みそこねることを余儀なくされるような人間的現実への最も炯眼な洞察をもし……ヴァレリーのような人のなかに……見出すとしてもそれはたんなる偶然とはいえないだろう」⁽³⁹⁾。

そして「重要な事実を掴む」ためには、事実の創造的探究は、単なる事実の観察を超えてゆかなければならないことが注意されねばならぬだろう。コーエンはハックスレーを引用して次の如く述べている。

「事実以上に進むことを拒否する者は、事実に達することも殆んどない。……『科学の歴史における』殆んど凡ての偉大な歩みは、『自然に対する予想』、すなわち、証明は可能であるとしても屢々殆んど出発すべき基礎を持たない仮説の発明によってな

されたのである」と。

「自然に対する予想」たる仮説をもつことが、「事実以上に進む」ことになるかとされるのは、同じく「事実」と言っても、予想される事実は、人間が過去において観察した事実でもなければ現在観察している事実でもなく、見るかもしれないが或いは見ないかもしれない、見るであろうと予想される事実だからである。そしてかかる事実は、「事実を観察せよ」ということが科学的探究の出発点であると述べられる時には、およそ考慮されていない性質の事実であるからである。事実の研究が単なる事実の研究を超えてゆくことは、科学における理想的概念において明かである。

コーエンは理想的概念の重要性について次の如く述べている。完全な硬さ・完全な円・如何なる力も作用せざる自由体・無摩擦エンジン・完全な分配等は、自然におけるいかなる個物もそれに対応しない。現実に存するいかなるエンジンも無摩擦ではない。然しそれらの性質は連続に排列された凡ての構成要素が或る程度もつ性質であり、事物を連続に配列する原理である。⁽³²⁾「最も発達せる科学である力学や熱力学は、実際は獲得不可能もしくは不完全に達成される理想的条件が実現された場合に生起するであろうものを扱っている」。⁽³³⁾吾々にとって重要なことは、かかる理想的なものの学問的重要性が、因果的な自然科学や社会科学たると規範科学たるとを問わぬことであろう。⁽³⁴⁾

未だ観察したことも経験したこともない理想的なものの科学における重要性を認めることは、事実に反するが論理的可能性には反しない仮説の重要性を認めることを意味するように思われる。⁽³⁵⁾論理的可能性とは何か。コーエンは次の如く述べている。「二つ或いはそれ以上の仮説が可能であるということは、それらの仮説の何れもが自己矛盾を含まないことを意味する」。⁽³⁶⁾想像力が創造力たり得るのはまさに、「現実の納骨堂 (chapel house of the actual) から吾々を解放し、可能性のより広い領域を支配している基底的な秩序を吾々に啓示する」からであると言えよう。そしてこの可能性の探究は「芸術や宗教やすべての人間的努力の機能であると同様に、理性的な科学の機能なのであ

る⁽⁴⁷⁾』と言い得るのではなからうか。

右に紹介した可能性の觀念の重要性は、現実性と絶対ないし全体性との關係を考え併せる時、より一層明かになるように思われる。再びコーエンより示唆的な説明を藉りたい。

「吾々は、又、現実的 (actual) という言葉によって歴史的秩序——人間の夢をそれ自体出来事として含めてであるが、凡ての時と所において生起した・或は生起するであろう凡てのもの——を指すことが出来よう。然し、吾々は現実性 (actuality) の中に、人間の限界の故に何人も認識しなかった・何人も認識しないであろう關係や含みを包含させてよいだらうか。この場合、吾々が、理論的な推論に基づく知識 (Knowledge by reference) と、すでに實際に熟知されている知識 (Knowledge by realized acquaintance) とを明らかに区別せねばならぬ。凡ての時間と空間を通じての自然の全体性は、吾々が決して獲得し得ぬ極限ではあるが、この觀念は科学の方法にとって必要なものである。……完成された合理的体系——何物もその体系の外部に存在することはなく、その体系以外の如何なる可能な選択も存しないような体系——は、何らかの瞬間における現実の達成が前提としていのものであると共に、かかる現実の達成を超えたものである。それは部分的にはブラッドレー的絶対と一致するが、現実の経験であるよりはむしろ、理想的極限なのである。まさにかかる体系が無限の時間を含むかぎり、その体系の内部には未だ実現されざる可能性が存するのである⁽⁴⁸⁾」。

かくの如くしてコーエンは可能性と現実性とを、対立しつつ分ち難き結合をなすものと見る⁽⁴⁹⁾。

- (1) Cardozo, *Paradoxes*, p. 286.
- (2) Cardozo, *Jurisprudence*, pp. 26-7.
- (3) カードゾーにおいては、*deviations, imagination, intuitive flash of inspiration, flashes of insight, hunch* 等の言葉はほぼ同義に使われている。それらの言葉は、考察の側面に多少のニュアンスの相違をもつことがあるにせよ、同じ事態を表わすものであると言えよう。

(4) 村松・裁判についての一考察、民事訴訟法雑誌・一九五五・二号、七〇頁。

(5) 例えば、早川助教授は次の如く述べて居られる。「……では我國の法定言説である概念法学やそれに類する學説ではどうであらうか。司法立法の行わるべき場合に形式論理だけで導き出された結論は、實際には反省と分析とを経ていない勘や感情や

常識を加えた不純な形式論理的操作の所産であるかもしれない。……そこでもしこの法定盲説の迷妄・神話が打破されれば、それだけでも随分すっきりすることが多いと思われる。裁判官自身は何らかの意識的・無意識的筋道から達した結論から立戻って論理的理由づけを考え、それがうまくゆかないときは結論を再考し、常識や勘に頼って暗中模索しつつ行きつ戻りつして一見筋が通ったものを作り出さうとするようなやり方をする必要がなくなる。」（早川・司法過程における立法機能、法哲学年報・一九五八年、一三二頁）。勘や感情や常識が「不純」なものであるかの如くに論ぜられるのは、勘や感情や常識が、一般的に、反省と分析を経っていないことを非難されるのか、反省と分析を経ない特定の勘や感情や常識を非難されるのかは必ずしも明かではないが（恐らく前者と思われる）、前記の引用は勘や常識の重要性を認めているものとは見がたいだろう。なお、我妻博士は、常識や勘に頼って暗中模索し行きつ戻りつして筋の通ったものを作り出さうとする努力の理論的妥当性を肯定して居られるように見える（我妻・法律における理窟と人情、昭和三十年、五四頁）。尤も早川助教授は他の箇所で「右のことが実行されたからといって、批評者の実際の結論は、現在やっていることとひどく異ならないかもしれない。批評者が常識家であれば、統計資料はなくても、一挙に妥当な結論に達し、これに論理的な筋道を与えることが多いからである」として、常識家の常識の重要な役割を認めて居られるように見える。（早川・同右、一三四頁）。又、西村教授による「フランクの紹介を見ると、同教授はフランクと共に、勘・感じ・直観を殆んど偏見と同視し得るものとされているかの如くに見える。（西村・法心理学の課題、七一頁）。なお後述三節の五を参照。

- (6) 村松・前掲・同頁。
- (7) Cardozo, *Paradoxes*, pp. 286-7.
- (8) Cardozo, *Jurisprudence*, p. 27.
- (9) Cardozo, *Paradoxes*, p. 287.
- (10) M. Cohen, *Reason and Nature*, p. 67.
- (11) M. Cohen, *Vision and technique in philosophy*, in *The Faith of a Liberal*, 1946, p. 366.
- (12) C. S. Peirce, *The probability of induction*, in *The Philosophy of Peirce* edited by Buchler, p. 187.
- (13) R. Weiss, *Persons and things*, in *Moments of Personal Discovery*, 1952, p. 55; Cf., M. Cohen, *The founder of pragmatism*, in *The Faith of a Liberal*, pp. 392-3.
- (14) アイヒバウム・天才、島崎・高橋訳・一五・一五五頁。

- ⑥ アイヒバウム・同右、一〇八・一四九頁。
 ⑦ アイヒバウム・同右、一〇五頁。
 ⑧ Cf., Cardozo, *Growth*, pp. 249-50, 一三九一四一頁。我妻博士は鳩山博士における、困難・問題の感得の場合を述べておられる。鳩山・債權法における信義誠実の原則、序・二〇頁参照。
 ⑨ Cardozo, *Nature*, p. 122.
 ⑩ Cardozo, *Paradoxes*, p. 299.
 ⑪ M. Cohen, *Introduction to Logic and Scientific Method*, 1934, p. 199.
 ⑫ ラッセルは「欲求・情念・情熱 (desires, emotions, passions) ——いかなる言葉を選ばうと——は行為の唯一の可能な動機である」と述べている。B. Russell, *Human Society in Ethics and Politics*, 1954, p. 8. そして彼のアリストテレスに対する非難の中に、倫理的探究における情熱の役割の強調を見ることができ、「より一般的に言えば、この『倫理学』の中には、それまでの哲学者に見られなかった情緒の貧困がある。……彼の友情論ですら生ぬるいものである。精神の健全を困難にする何らかの経験を持っていたいかなる印をも彼は示していない。道徳的生活の深い諸相がすべて彼に知られていないことは明らかである……」B. Russell, *A. History of Western Philosophy*, 1946, p. 206. 市井訳・上巻・一八八頁。
 ⑬ 哲学を愛知とした古典的定義は、かかる創造の問題に注目する時、今日でもその重要性を失わないように見える。
 ⑭ M. Cohen, *Reason and Nature*, p. 68.
 ⑮ M. Cohen, *op. cit.*, p. 57.
 ⑯ M. Cohen, *Reason and Nature*, p. 358, *The Meaning of Human History*, pp. 59-60; *Property and sovereignty*, in L. S. O., p. 50. なお、習慣の創造に対する拘束的な働を認める見解を法的創造に適用することは、法の世界における慣習・制度・伝統・歴史・過去の無視ないし軽視に導くものであるよりは、その正当な尊重に導くものであろう。
 ⑰ アイヒバウム・前掲、八九・一二九頁。
 ⑱ Cardozo, *Jurisprudence*, p. 26.
 ⑲ 世間で広く知られている「心ここに在らざれば見れども見えす……」という言葉は同じ趣旨のものであろう。
 ⑳ 仮説や理論をもたずに社会や歴史を見ることの困難は、多くの者が既成の理論を盲目的に受容れ、機械的に適用する現象の中に認めることが出来る。いわゆるマス・コミュニケーションの支配力と呼ばれる現象も、自ら理論を立て或は他人の理論

を検討し取捨選択することの困難と、それにも拘らず理論をもつことの必要を表明しているとも見ることが出よう。

⑧ 前の引用は、Cohen, Reason and Nature, p. 70. 後の引用は、マルセル・人間、小島・僧太訳、四三頁。なおカッシーラも歴史家その他における詩的ヴィジョンの重要性を説いている。カッシーラ・人間、宮城訳・二八九―二九〇頁。

⑨ M. Cohen, Introduction to Logic and Scientific Method, p. 197. 「経験主義者及び実証主義者は、つねに、人間的認識の最高の任務は、事実を示すことであり、ただ事実のみを示すことだと主張して来た。事実にかかぬ学説はまさに空中の樓閣であらう。しかし、これは真の科学的方法の問題に対する解答ではない。反対にそれは問題それ自身である。……科学的な事実は観察しうる事実である以前に仮説的事実であった。ガリレオが彼の新しい力学をきづいたとき、彼は全く孤立した物体、何らかの外力の影響なしに動く物体の概念から始めねばならなかった。こんな物体は未だかつて観察されたことはなかったし、決して観察され得なかった。それは現実的物体ではなく可能の物体であった……」(カッシーラ・前掲・八三頁)

⑩ M. Cohen, op. cit., p. 373.

⑪ M. Cohen, Justice Holmes and the nature of law, L. S. O., p. 205.

⑫ M. Cohen, Reason and Nature, p. 344; Introduction to Logic and Scientific Method, p. 373. カッシーラ・前掲、八〇―八七頁。

⑬ M. Cohen, Reason and Nature, p. 69.

⑭ M. Cohen, op. cit., p. 82.

⑮ M. Cohen, op. cit., pp. 88-9. 吾が国の社会科学方法論においては、ヴェーバーの理想型の観念は広く知られているが、それは、可能性の観念との関連において考えられることは比較的に少いと言えるのではなからうか。なお唯物論的見解や実証主義的見解においては、可能性の観念に乏しい。このことは、吾が国の法律学の方法論における実証主義的見解を事実主義的なものに、規範的な法律解の科学性の否定に導く上に大きな働をしていると言えないだろうか。

⑯ M. Cohen, Reason and Nature, p. 158.

⑰ M. Cohen, op. cit., p. 69.

三 選択とその困難

一 司法過程における選択と、それを通じての創造に関するカードソーの論議において、先ず何よりも注目さる

べきものは、選択と創造の分析という問題につきまとう微妙さと困難に対する彼の感覚ないし自覚ではなからうか。

「事案に対して判決をなす仕事は、全国を通じて数百の法廷において日々に行われている。人々は、いかなる裁判官も、彼が数千回或はそれ以上追及した過程を敘述することは容易に思ふだろう、と想像するだろう。いかなることもそれほど真実から遠く距るものはない」。

或る何事かを創造することと、そのような創造を反省し分析することは、次元を異にする別の事柄であるといえよう。又、自己省察の困難は単に裁判官のものではない。優れた運動家は必ずしも運動の優れた理論家・解説者ではなく、死刑囚は常に死刑を主題にした優れた小説を書くわけではない。多くの者は、論理や言語を毎日用いても、それらが一般的な反省の材料となることは稀である。このように考える時、裁判における選択と創造の分析の困難は、裁判官が結論に対する「感じ」によって決定することに関連して先に引用したところであるが、「結論が下される時、吾々はそれを獲得するまでの過程の大部分を忘れてしまふ」ことに基く以上に、問題自体の困難に基くものであることが分る。この節の最初にあげたカードソーの言葉は、司法過程の分析特にその創造過程の分析の困難を述べているが、次の引用も亦同様のものと見ることが出来る。

「私は、司法過程を合理的なものとする公式を、自らのために述べるとは希望しないし、まして他人のために述べるとは希望していない。私はウォーラス氏が政治学の研究に適用して立派な結果を得た量的分析法を裁判官法の研究に適用せねばならぬ。この仕事を正しく行うには、私よりも豊富な学識が要求される。然しそのような学識者が見出されこの仕事に加わるまでは、日々にこの過程「司法過程」を生命あらしめるために自ら活動している者がなす、この過程を明かにする企てには、道草的な興味があるかもしれない。これが、私が内省的な心の探求をなす弁明である」と。

司法過程の分析（それは創造の分析を含む）の仕事は困難であり、それを避けることも出来る、しかも彼は敢てそれに直面しようとする。

「苦勞は裁判機能が動的で創造的な場合に生ずるのである。相拮抗する類推が一つのヒント一つの軌耳を提供するが、然しいかなる先例も權威的命令性を欠いている如き新しい状況のための規則が告げられねばならぬ。私はこういう問題に対する通常の

答弁、悲嘆に似た答弁を知っている。法は精密科学ではないと言われるのである。そして、若し吾々が、そこで問題を終らせようとするなら、問題はそこで終るのである。……それ故私は光を目指して細い道を模索して歩み続ける。出口は見つからないかもしれない。然し少数ではあるが、仕方なしに卑賤な安逸の不毛を切望することを自らに對して否定する高貴な人も存し得る。何処か分らぬが、混沌の背後に、不調和と無秩序とされているものの中に、体系的調和を啓示している合理的な原理が存するかもしれない³⁾。

かくの如き態度によつて、カードゾーの司法過程の分析という先駆者的な冒険の事業が開始されたと言つてよからう。

二 然し、カードゾーは、必ずしも、はじめから司法過程の創造性を、その在るが如き微妙さにおいて捉えていたのではなく、彼も亦それをやや單純に考へていたのを知ること興味深い。彼は次のように述べている。

「私は悲しむべき経験によつて、裁判所が一再ならず私の期待通りの行動に出てくれなかつたことを知つた。然し、そうした場合、私は單純にも、裁判所が道を間違へたのだ、不注意のため道標を読み違へたのだ、と考へていた。かかる脇道への逸脱は、未知の世界への冒険を意識的に敢てしようとした結果であつたことがない、と考へていた。然しこの問題は、私が判事として之と角違せねばならぬようになったとき、それは全く新しい脚光を浴びて私の眼前に立ち現われるようになった。司法過程の持つ創造的要因は、私が曾て想像していたよりも大きなものであることを悟るに到つた。岐路は曾て私が想像していたよりも多いことを、道標は曾て私が想像していたよりも不完全なことを悟るに到つたのである³⁾。

司法過程の「創造的要因が想像したよりも大きい」ということは、いかなる創造もなし得る、いかなる解釈もなし得るという意味でないことは勿論である。創造とは新しいよりよいものを生み出すことが主眼である。然し新しさというものは、相対的なものであり、いかなる意味においても全く新しいと言いきれるものは人間の世界には殆んど存しないと言えよう。カードゾーはパウンドを引用して「……神の全能による創造を除いて考えれば、創造は無から有を作り出すことを意味するものではない。創造的活動は材料を取つて材料そのものでは用いられないような色々な

用途に用いうるように、これを變形することである」旨を述べている。カードゾーは司法過程における創造について述べるとしても、それは、創造の一般的な制約と限界を認め、それに注意を払っている。このことは、一見したところ当然に見えるかもしれないが、現代における変化と新しさと創造の無制約的讚美との関連において注意されねばならぬ点であろう。(この点については後に触れる)

それ故、カードゾーが、司法過程における創造とそれによる害悪の匡正が、立法府による立法の場合に比し巾の狭いものであることを認めているのは言うまでもない。「裁判官にとつての限界は比較的狭いということは疑いない。彼はギャップの間で立法するにすぎぬ。彼は法における空地を充すのである」。「裁判官は、たとえ彼が自由である時ですら、完全に自由なのではない」。

三 創造は選択を通じてなされる。たしかに、「訴訟事件の中には、一つの解釈方法、否、唯一つの解決方法のみが許されるにすぎないものもある。そうした訴訟事件は適用される法が確固不動な法である場合に起る事件なのである。これらの事件は随分が多い。然しそれらは何れも興味は少ないものである。他面において、事件の中に必ず選択を行わねば解決し得ないものがある」。そしてカードゾーは、そのような「選択を行わねば解決し得ない」事件に際しての選択が、極めて微妙なものであることが多いことを認める。「何れの判決と雖も、実は、極めて微妙な差違をもつ二者(nicely balanced alternative)に就いての選択に他ならぬのである。従つて、実のところ、いかに時間をかけて議論を闘わして見ても到底確実性に到達することは出来ないであろう」と。

右の引用は、法に関連するあらゆる論議が無意味であるとか、原理・法則・規範などと呼ばれるものが、選択に方向を与える役を些も果さないと主張しているのではない。このことは、彼が爾余の論議において、例えば、原理等の重要性を認め、又、選択における理性の役割を強調している等の点で明なことである。彼が言わうとすることは、絶

対的な確実性がいわば神に属するものであり、吾々と吾々の学問における選択はそれを理念とするとしても、それは永久に到達することのないものであり、吾々は選択に際して常にそのことを念頭に置かねばならぬことを説くに止まると言えよう。

カードソーは、右の如き選択の微妙性を、判決の根拠となる法規範の選択にも、解釈において競いあう価値の間の選択にも、方法の選択についても認めている。

「その選択は、九分九厘正しいと言ひ得るような判決と、九分九厘誤りであると言ひ得るような判決との何れかを選択すると言ふものではなくして、極めて微妙な選択である」。

「思想家達は、正義が相争うとき、正義以外の他の価値が相争うとき、選好の決定さるべき基準を欠いていると不平をいう。相争う価値を換算し得る公分母はない。一般的には、吾々は、争が存在する場合、道德的価値は経済的価値に対して、経済的価値は美的価値に対して選好されねばならぬと言ふかもしれない。然し決疑論は重複や例外を発見するだろう……」。

「選択と言つても、それが論理と歴史について、論理と慣習について、論理と正義についてのみ行われるものであると思つてはならない。往々にして論理と論理との間に、類推と類推との間に、内乱にも比すべき闘争が行われ……」。

カードソーの説く選択の微妙性は、事実に関する判断をなす場合にも、事情は異なるようには思えない。何故ならば、例えば、犯罪事実を支える証拠とそれを否定する証拠とを、夫々にかに評価するか、犯罪事実を支えるように見える事実の中でどれを重しとしどれを軽しとするか。この場合、証拠の評価の基準は、選択の微妙性を排除するほどに常に明確詳細に確立しているとは考え得ないからである。

事実や規範の原理や法則は、人類の過去における甚大な努力の結果であり、それらが吾々の選択に大きな力を持つことは疑ない。吾々は極めて多くの場合において、それらの機械的適用で満足していると言つて差支えないだろう。すなわち、吾々の行為の大部分は、先に述べた如く習慣と反覆によつて成立している。然しながら凡ゆる領域において、創造が問題となる状況における選択が微妙であるのは、そのような選択は習慣と反覆に依存し得ず、右すべきか

左すべきか、進むべきか退くべきか、探るべきか捨てるべきかを何ものも決定的には教えないが故であると云えよう。

「評価の諸基準を客観的なものとしようとする企図、否、それらの基準を解説しようとする企図すら未だ完全には成功していない」とカードソーは述べている。

価値の評価における創造的な選択に際して吾々が依拠すべき基準の学問的研究の未熟さについてカードソーが述べたことは、創造的選択一般について言い得ることであろう。かかる認識は、彼を、創造的選択における「直観」・「勘」の重要性の認識に導く如くに見える。彼はシェームスやベルグソン等を引用しつつ次の如く述べている。

「法の発展においては、思想、他の領域に於けると同じように、吾々は到底、直観(intuition)すなわち、単純な経験によって得たものを超越し、変形する(transcending, transforming)洞察の閃の作用に依存せざるを得ないのである」とし、そして又彼はヴィンデルバントと共に「直観的悟性の心理学を樹立した者はない」ことを認める。

四 右の如き創造的な選択の微妙さ、選択に當って依拠すべき、カードソーのいわゆる「道標」の欠除・不完全は、彼をして直観の重要性を認識せしめたばかりではない。それは又彼を導いて、創造的な選択が幸運を伴うものであることを認識せしめた、彼はヴィンデルバント及びパウンドを引用して次の如く述べている。

「法則を何回復誦したところで、それだけでは、精々不器用な職人が出来上るにすぎない。『芸術活動』というものは、理性では到底説明出来ない意識的過程と無意識的過程との交互作用を示すものである。……創造が意識的批判を伴うことは勿論であるが、然し成功の積極的な要因は巧智や計算というようなものではない。それは生命の意識されない深奥から訪れる幸運(fortunate chance)なのである。』それと同様のことはパウンドも言っている。『経験を積んだ工人の直観は何らの遠いも示さず易々としてことを運ぶ。それは事物のもつ無数の局部を承知しており、事物間にある微細な差別を了知している。そしてそれは永年の経験によりはじめて得られたものである。永年に互る経験は試行錯誤によって、いかなるものを包摂しいかなるものを排除すべきかを悟らせ、遂に効果的な行動を探ることを習慣とするに到らしめたのである』。パウンドは更に言う。『判例を研究する者が日常経験するところによれば、裁判の結果は、その結果を生み出すために採られる論拠の当・不当に拘らず、大体において妥当なものである。裁判官が、非難されない法律上の理由を発見するのに困惑を感じる場合でも、彼の鍛錬された直観は、彼を導い

て正当な結果に辿りつかしめるのである」⁽¹⁸⁾。

又、別の箇所において、カードゾーは次の如く述べている。

「たしかに学ぶことは必要である。然し学ぶことは（キーツ Keats）についてすでに言われたことを意識すれば、想像が真理に跳躍する踏板なのである。法は透徹する瞬間・鋭い黙示的な瞬間を有する。……結論は、それがどんなに熟慮し骨折つたものであっても、屢々結局、幸運な発見（lucky find）以外の何ものでもない、という相を呈する」⁽¹⁹⁾。

右の如く、カードゾーは創造には結局、幸運という相の存することを指摘しているが、彼は又創造には苦痛が伴うことを述べていることを忘れてはならないだろう。そしてこの苦痛は「裁判の持つ過渡的形相にすぎぬ」というような程度のものではなくして、それは実に裁判に不可分な条件である。実にそれは裁判が負うて行かねばならぬ始源的な呪咀なのである……⁽²⁰⁾」そして彼は「一足ごとに歩みを選ぶ苦痛を省めないですむようにしてくれる福音などというものは到底あり得ないという福音を弘布しなければならない」⁽²¹⁾とする。更に彼は、かかる「生みの苦しみ」は裁判にのみ特有な現象ではなく、すべての知的努力に共通なものである、と考える。吾々はカードゾーが、前述の如く、裁判における創造を、科学一般・芸術一般・行為一般における創造との共通性において考えていること、法とともに人生の中に永久に謎が存在し吾々は常に誤謬の機会に曝らされていると考えていることを知る時、彼は、かかる苦痛が一般的にはいかなる創造にも伴うものであると見ていると言って差支えないだろう。

然し彼は又、このような苦痛を伴う創造に、「それ自体において興味深い冒険の喜がある」とし、近代の先駆者ベークンと共に冒険の喜を讀んでいる。彼はクロッチェ（B. Croce）を引用して平安の喜を認めると共に次の如く述べている。「吾々の魂のひそかな願は事物がその在る状態を維持することである……」。裁判官もその心を探る時間じ告白をなすであろう。……若しまことに、多くの道標が誤って居り、又、多くの道標が倒れてしまっているならば、吾々が旅せねばならぬ道は平坦ではない。たとえそうであっても、そこには、それ自体興味深い冒険の喜があり、そしてそれは恐らく人類の福祉に全く関係がないわけではない。……」⁽²²⁾と述懐している。

すなわち、カードゾーは、平安の喜と冒険の喜とは、人間の裡に潜む對極的要求であり、相對立した兩者を共に要求するということは、人生と法のパラドックスの一つであると見ていと言つてよからう。「……根元的對立が構造を貫通している。そこに法的過程の神秘がある。そして又そこに法的過程の魅惑がある……」⁽²⁾。

五 以上において、司法過程における選択と創造に関するカードゾーの見解を、この問題の困難に対する彼の自覚を中心に紹介した。その理由は、第一に、創造が、前述の如く、問題と困難の感得を出発点とすると言ひ得るなら、司法過程における創造の性質の創造的分析に際しても同様のことが言ひ得るであらうからである。ところで、カードゾーの所説については、その開拓者の意義が認められているとはいへ、グッドハートは前述の如く、カードゾーの理論を個々ばらばらに見ると新しいものは何もないと述べている⁽³⁾。又、司法過程における選択と創造に関する彼の見解を定式化し、そこに大きな独創的意義を附与している見解は殆んど見うけないように思う。然し、全体としては独創的であるが個々的には然らずとする見解は、時として優れた学者の仕事に向けられる批評である。創造的ということとを相對的なものと解し、カードゾーの所説を、司法過程の創造性の分析の現状の中で考えるとき、彼が述べているところには、個々的にも創造的で教示に富んだ多くのものを見出すように思う。そのように考えるにも拘らず、司法過程の創造性に関するカードゾーの所説を、彼の個々の見解を中心に紹介せず、問題と困難に対する彼の自覚を中心に紹介したことには、もう一つ別の理由を挙げることが出来るかと思われる。

もう一つの別の理由とは、創造の神秘の存在を認め、それに対する吾々の自覚を深め感得を鋭くすることは、創造について既になされた個々の合理的説明を学ぶことに優るとも劣らぬ重要性をもつように思われる、ということである。以上の理由は次の如く述べることも出来よう。

コーエンは、ペーコンやおそらくはアリストテレスの時代以来世に行われている悲しい幻想、「未知への正しい道

を告げることによって、発見の技術を吾々に教える科学——それは論理とか科学の方法とか普遍的器関とか色々と呼ばれている——が存在している⁽²⁵⁾」という幻想について述べている。そして又、現代において凡ゆる方面において着々と進行し成果を挙げている、人間の合理化の努力は、単に物の生産の技術においてのみならず、人生や法における、或いは学問や思惟における選択と創造をも完全に自働化することが容易に出来るかのことき錯覚を生みがちなように思われる。若しかかる傾向が存在することが肯定されるなら、「法と人生には永久に謎が存在する」とするカードゾーの見解の重要性が理解されるだろう。かくの如く述べることは、創造の神秘の合理的把握の努力の意義を否定するものではなく、合理化されずに常に残る残余（「謎」）の、創造における重要性を忘れてはならないということであらう⁽²⁶⁾。

カードゾーにおいては、人生と法には謎が存在し、創造は神秘であるとされていることは今までの引用からも知り得よう⁽²⁷⁾。かかる認識の重要性は、概念法学的思惟に対する彼の批判の裡に一つの例証を見ることが出来る。かかる創造の神秘の認識は、彼の繊細な精神と相俟って、概念法学的思惟が屢々行う創造の回避、選択の存在の無視の眞実な理由を彼が発見するのに大きな働を果しているように見える。すなわち、彼は、概念法学として非難される諸傾向を、往々にして世間で述べられるように、法律家に特有な怠惰や欠陥に基く、と見るよりも以上に人間一般に共通した誤謬や欠陥に基くものと見る。彼は、それらの誤謬や欠陥をば、認識論的・論理学的・人間学的欠陥や誤謬であると見ていと言えよう。

六 概念法学的思惟は、何故に、司法過程における選択の存在を看過し創造性の自覚を妨げるに到るか、という点に關するカードゾーの見解を紹介・検討することは別の機会に譲りたい。以下においては選択と意識との關係について触れておきたい。何故ならば、先に引用（三ノ三）すなわち、多くの事件は選択を行う必要はないが、「事件の

中には必ず選択を行わねば解決し得ないものがある」というカードソーの言葉は、選択は選択の意識を伴うものと述べているかの如くに受取れる。すなわち、「唯一つの解決方法のみが許されるにすぎない」場合には、選択は存しない、とすることは、選択の有無を選択の意識の有無に関わらしめて見るように見える。

然しながら、カードソーがどの程度まで選択と選択の意識を不可分なものと考えていたかは、必ずしも明かではない。例えば、カードソーは次の如く述べている。

「若し裁判官が賢明な判決を述べんと欲するならば、承認を競い合う凡ての潜勢的判断 (potential judgments) の中で彼を導くべき選択の原理がなければならぬ」と言い、又、

「論理の指導力は常にただ一つの開鎖された道に沿って行使されるというわけではない。或る原理ないし先例はそれを論理の極限まで押進めれば或る一つの結論を示すかもしれない。他の原理ないし先例は、それを同じ論理で追及すれば、同様の確実性をもって他の結論を示すかもしれない。かかる衝突に際して吾々は二つの道の中で一方或は他方を選ばねばならぬ。或はそれとも二つの力の結合であり極端の間の中庸を表現する第三の道を打出さねばならぬ」。

右の引用からして、カードソーにおいては、「凡ての潜勢的判断」の中の選択や、「第三の道を打出す」ことが、可能性の中の選択を意味し、選択は選択の意識の有無に拘りないものと解されている、とは必ずしも断定し難いだろう。然し次の引用においては、彼が、「選択」の語を選択の意識の有無とは関係なしに述べていることはほぼ明かなように思われる。⁽³⁰⁾

彼は不法行為法を論じて、不法行為法は「各人は自己の意のままに自己の所有権を行使する資格がある」という原理と、各人は他人の所有権を害せざる仕方において自己の所有権を行使する義務があるという対立的原理の間で作用する」とし、より一般的に、「判断という事は、対極的対立の間の選択 (a choice between antithetical extremes) であることが分る」と述べている。これらの言葉の内容的当否は一応別として、この場合、彼は、知ると知らざるとを問わず、判断がもつ選択的性質を述べているのであり、彼は、「選択」をば選択の意識を不可欠の要素とするものと解していないように思われる。

選択の語が選択の意識の有無に関係なしに述べられる時、それは可能性の中の選択を意味するであろうが、カード

「ゾー」は必ずしも明確にそのことを強調しているとは思えない。然し、彼が経験的法則の近似的性格を強調し、「既に所有された真理は実際的なし精神的確実性を持つかもしれない。然しそれらの真理は決して仮説的性格を失わな^い」とする場合等において、彼は、法則の仮説性の前提たる可能性の觀念の重要性の直感的把握を示しているように思われる。

然らば次に疑問の意識は創造的選択に必要であろうか。優れた芸術家は、凡庸な芸術家が困難を十二分に意識しつつも表現し得ざるものを易々と表現する如き場合がある。それと同じことは優れた裁判官の場合にもある。然しこのことは、何ら、先に述べた、問題と困難の自覚が問題に対する解決の洞察・直観・啓示を得る出発点であるという一般論を否定するものではなからう。すなわち、選択を無限の可能性の中で一つを選び決定することと考える時、選択は疑問や困難の意識の有無に拘らず存在するであろうが、かかる意識は一般に創造的な選択に伴うと云えるのではなからうか。かくの如く考える時、創造的な選択を「疑」や「新しい状況」の意識と結付けて考えているように見える、カードゾーの次の見解は、一般的には支持され得るだろう。

「裁判官は、不可謬なものとして設定された思想を述べ命令を強行し、立法者の單なる口にすぎないかぎりにおいては、彼ら裁判官の活動は、その本質において行政的であつて司法的ではないのである。疑が入り込む所、そこに司法的機能が入ってくる。」「苦勞は裁判機能が助的で創造的な場合に生ずるのである。」「その場合」相拮抗する類推が一つのヒント一つの軌耳を提供するが、然し、いかなる先例も權威的命令性を欠いているとき新しい状況のための規則が告げられねばならぬ」。

(1) Cordozo, *Nature*, p. 108.

(2) Cordozo, *op. cit.*, p. 110.

(3) Cardozo, *Paradoxes*, p. 253. この引用は具體的な創造の困難を述べているものであろうが、擴張的に、創造それ自体の分析の困難をも表現している言葉と見て差支えないだろう。なお、*Paradoxes of Legal Science* は彼の三つの主著のうちの最後のものであるが、(1)及び(2)の引用との関連において考える時、この引用は、彼が当初から持して来た態度の自覚化された表明と見ることが出来よう。

- (4) Cardozo, *Growth*, p. 211. 五五頁。
- (5) Cardozo, *op. cit.*, p. 211. 五五一六頁。
- (6) Cardozo, *op. cit.*, p. 245. 一三〇頁。
- (7) Cardozo, *Nature*, p. 154.
- (8) Cardozo, *op. cit.*, p. 164.
- (9) Cardozo, *Growth*, p. 212. 五六頁。
- (10) Cardozo, *op. cit.*, pp. 247-8. 一三六頁。
- (11) Cardozo, *op. cit.*, p. 212. 五六頁。
- (12) Cardozo, *Paradoxes*, p. 285.
- (13) Cardozo, *Growth*, p. 220. 二七頁。
- (14) Cardozo, *op. cit.*, p. 224. 八三頁。
- (15) Cardozo, *op. cit.*, p. 225. 八七頁。
- (16) Cardozo, *op. cit.*, p. 226. 八九頁。
- (17) Cardozo, *Paradoxes*, p. 286.

なお、コーエンは創造における偶然性を否定する如き見解を述べている。然しそれは、創造における「見る眼」と準備の強弱であつて、いかなる意味においても幸運を否定しているのではない。「科学の偉大な発見は、それまでの研究や反省に依存しているが、説明し得ぬ天分と予言すべからざる幸運 (good fortune) が量り得ぬほどに介入するのである」、と彼は述べてゐる。(Cohen, *L. S. O.*, p. 236.)

- (18) Cardozo, *Growth*, p. 238. 一〇六頁。
- (19) Cardozo, *op. cit.*, p. 214. 六三頁。
- (20) Cardozo, *Paradoxes*, p. 301.
- (21) Cardozo, *op. cit.*, p. 326.
- (22) Cardozo, *Jurisprudence*, pp. 45-6.
- (23) Cardozo, *Paradoxes*, p. 334.

(2) Goodhart, *Five Jewish Lawyers of the Common Law*, 1949, p. 58.

(3) M. R. Cohen, *Philosophy and legal science*, L. S. O., p. 236.

(4) 法及び法律学の体系性への行過ぎた要求は、かかる傾向の一つの表現と見ることが出来よう。カードゾーもかかる傾向の存在を暗に肯定しているように見える。例えば、「それらの方法に就て選択を行うに当って、その指針となり得べき基準が確立される日が到来するまでは、司法過程は到底その合理化を望み得ないであろう。この問題を我々はこう解することも出来よう。すなわち、司法過程を完全に合理化しようとする希望、しかも現代に於て完全に合理化しようとする希望は、一顧の価値もないものとして放棄されるべきである。然しながら、そのことは、決して、我々が最善を尽くすことを回避する理由となるものではない」と (Cardozo, *Growth*, p. 214, 六一—二頁)。かかる体系性への過度の要求は証明を論理的証明 (論証) のみと考える傾向と結びついているように見える。「分析法は法を論理によってテストすることに関心を集中している」ことをストーンは述べている (J. Stone, *The Province and Function of Law*, 1950, pp. 137-8)。然しながら法と法律学の体系性や厳密性に対して若干の反省をなす者は、「法の如き準科学においては、社会的基礎に対する関心や、特殊具体的事実や帰結の衡平に対して注意を払うことの必要は、たとえ無矛盾性や内的秩序を犠牲にすることも、より一層緊急ですらある」 (Cf. Levy, *Cardozo and Frontiers of Legal Thinking*, 1938, p. 50) という主張を肯定するであろう。

(5) Cf. Cardozo, *Nature*, p. 11; *Growth*, pp. 225-6, 八八頁; *Jurisprudence*, p. 13.

(6) Cardozo, *Nature*, p. 113.

(7) Cardozo, *op. cit.*, p. 121.

(8) カードゾーが、選択における潜在意識の重要性を強調している点も、彼が選択を選択の意識と結びつけてのみ考えているのではないことの証左となるだろう (Cardozo, *Nature*, p. 109)。

(9) Cardozo, *Paradoxes*, p. 287.

(10) Cardozo, *Jurisprudence*, p. 34; Cf., *Growth*, pp. 216-7, 六八頁。

(11) Cardozo, *Paradoxes*, p. 257; Cf., *Nature*, p. 112. この引用は彼が「行政」の判断は凡て裁量の余地のない機械的となものであると主張しているが如くに見えるが、然りとすれば、そのような見解は支持し難いであろう。然し、恐らくカードゾーが、行政的判断においても創造的選択が存在すること認めているように思われることは、彼が、前に紹介した如くウォーラスの言葉を引用している点等からも窺われる。このような誤解され易い彼の言葉を引用したのは、創造的選択における疑問の意

識の強調を見るためである。

(34) Cardozo, op. cit., p. 253.

四 選 択 と 理 性

一 カードーゾーが選択と創造を論じているのを見る時忘れてはならない重要な一つの点がある。それは、彼が、選択をば単に恣意的・無政府的なものと見ず、恣意的な賢明ならざる選択と然らざる選択の区別が存することを積極的に肯定し、選択に到るまでの準備・育成の重要性・選択されたものを反省し検討することの重要性・それらの場合を通じて理性の役割を認めている点ではなからうかと思われる。先に述べた創造における狂気の強調に對比して言え、創造における正気の強調であると言えよう。

「極めて微妙な選択の事件」においても、その選択が盲目的に或いは恣意的になされるのだと言うのではない。その比較衡量は奔放な空想によってなされるのではなくして、飽くまでもそれは理性によってなされるのである。裁判官が選択をする場合、彼は、確信の強度は色々であるが、自己のなした選択が健全且つ賢明なものである (well and wisely) ことを信じているのである。」

カードーゾーは右の如く述べる時、選択の検討比較が容易であるとか、決定的な形でなされ得るとかということ主張しているのではない。彼は明かに、選択の検討・淘汰は決して決定的になされるのではないことを認めている。

問題は、法の解釈と裁判における選択の存在を認めることが、直ちに、選択の恣意性・無政府性を認めることになるか否か、選択は理性と没交渉なものであることを認めることになるか否か、という点にあると言えよう。この問題の重要性は、最近、吾が国で法の解釈における選択が論ぜられる場合の論議を参照するとき明かになるように思われる。来栖・川島両教授の所説によって開始された論議は、極めて困難な多くの根本的問題を含んでいるように思われるが、選択における客観的要素と恣意的ないし主観的要素に関する問題はその一つであると言えよう。この二つの要

素に対する見解において米栖教授と村松判事は夫々、対照的見解を示して居られる。すなわち、米栖教授は法の解釈における主観的ないし恣意的側面を重視され、村松判事は客観的要素の存在とその重要性を強調して居られる。この問題のみを取上げて、我が国における諸々の論議との関連において研究することは重要であろう。然しここでは、カードローの選択についての論議の内容は、我が国でも問題とされているものと同じであることを示すために、米栖教授と村松判事の所説を引用するに止めたい。米栖教授は次の如く述べられる。

「……このように、法の解釈の複数の可能性があり、そのうちの一の選択は解釈するものの主観的価値判断によって左右される。しかもその一つが裁判所の判決の基礎となる。そこで法の解釈の争いは、何が法であるかの争ではなく、何を法たらしめんとするかの争い……と考えられなければならない。……それなら、法の解釈が解釈する個人によって異なるという粉う方ない事実に面しながら、何故客観的に正しい、唯一の法の解釈があると前提し、自分の解釈はそれであろうとし、そしてそれが法規の客観的認識の結果であると観念しようとするのか。私には、それは神学的世界観の世俗化といわれる法学的世界観乃至それに奉仕する概念法学の残滓であるように思われる」。尤も米栖教授も法の解釈に客観的要素の存在することを否定されているのではない。

「法の解釈は単に法規の客観的認識たるにとどまるのではなく、多かれ少かれ解釈する個人の主観的価値判断が入り込むことを免れない。それにも拘らず法の解釈は法規の客観的認識の結果だと主張されるのである。この解釈は俺の主観的価値判断によるのだといったなら、一般の人々にアッピールする力は弱くなるから、客観的な認識の結果のように主張せられるのは尤もなことである。しかし法の解釈は客観的要素と主観的要素の不可分な結合物である。しかも、客観的なものと主観的なものとの限界は劇然としないのである。……そこで……法律家は何事によらず、客観的な規則に忠実であるような顔を装いながら、実はそうでない自分の恣意を押し通そうとする詭弁を、意識的乃至無意識的に行い兼ねないのである」。

米栖教授は、右の如く、客観的要素の存在を全く否定し去る表現を注意深く避け、かかる要素の存在を肯定して居られるし、法律家が常に詭弁を行うとは述べて居られない。然し米栖教授は、恣意的要素の存在を指摘しそれを克服することにあまりにも力点を置かれているためか、恣意的要素が存在する時は、たとえそれが無知により或いは無意識的に紛れこんだものであっても、常にそれが一般の人々にアッピールするためのもの・外観上の装いであるかの如

くに説明されること等によつて、自ら認めて居られる客観的要素の存在を適切に重視した表現をして居られるとは言
 い難いように思われる。来栖教授の見解に対して村松判事は次の如く述べられる。

「私は来栖氏が指摘された点の存することを認めながらも、その指摘するところは、法の解釈のある一面が強調されて、実定法
 の枠とその解釈からもたらされる客観的な正しいものの存在の面を軽視しすぎていないかと考えている。私は充分な理論的説明
 はできないながらも、その客観的な正しいものの存在を信じ、又裁判官の解釈適用の立場が因られた政治的な立場からなされてい
 いことを前提として——弁護士は最初から結論である目的を有しているが、やはりそう無理な理論構成がなされていることは少
 い——裁判の存在価値を肯定しているものである」と。

右の引用において村松判事が問題とされていることは、「客観的な正しいものの存在」という問題であり、それは、
 選択には健全賢明な選択と然らざる選択の区別が存し得るかという問題と同じ性質のものと考へ得る。

選択にはよい選択と然らざる選択が存するとする見解に対する、最も急進的な反対の一つは、次の如き形で表現す
 ることが出来るように見える。すなわち、それは、法律的選択や倫理的選択を趣味的選択と同列に考へ、「この行為
 は正しい」という表現は「私はこの種の行為に対して好感を持つ傾向がある」という命題と同じものと見、「或る人
 が或る種の行為に対して情緒・態度・欲求をもつ」ということは真でもなければ偽でもない。情緒・態度・欲求という
 ものは非理性的であり、それらのものが妥当か否かという問題は起り得ない」とする理論である。

このような論議に深く立入ることを避けるとしても、殆んど凡ての人が、法律の解釈や裁判における選択を、論議
 の全く無意味な趣味の問題としていないことは明かな事実のように見える。我々が或る人の解釈・裁量・選択を賞讃
 したり貶したりするとき、吾々はそれが良い趣味であるとか悪い趣味であるとか言っているのではなからう。否、趣
 味の問題においてすら、屢々或る趣味の良し悪しが真面目に議論されることを吾々は知っている。

来栖教授は今日なほ残存する概念法学的解釈の幾つかを挙げ、それらの解釈に対して自らよしとされる解釈を提示
 して居られる。このことは、良い選択と然らざる選択の区別を為すことの可能性、客観的な正しさが存在

することを暗黙に前提とされていると解しえよう。そしてこの前提の上で、自己の解釈が、客観的により一層よいものであることを主張されることによって、客観的な正しさが程度的には現実に存在することを認めて居られることになると思われる。

換言すれば、或る具体的な選択に恣意が介入することや、その選択が他の選択よりもより一層良いことを何人も承認するように明確に証明することの困難は、何ら「客観的な正しさ」の理念的並びに現実的な存在を否定することにはならないであろう。すなわち、或る出来事が在るときそれに必要にして充分な条件としての原因が見出されねばならぬという因果律が、因果的探究と論議の要請であるように、「客観的な正しさの存在」は、先づ何よりも、規範的探究と論議の要請ないし理想たるものではなからうが。そして又、この「客観的な正しさ」の理想は具体的な選択の裡に、或る程度、現実に存在するのではなからうか。

恣意性は、たとえそれが意識的に導入せしめられることがあるとしても、それは隠されねばならぬものであり、まさにそこに、恣意が排除さるべきであり、客観的に正しいものが存在しそれが実現されねばならぬとする、法的探究の根本的要請ないし理想が表明されていると言えよう。現実においては或る法的選択が他の法的選択よりもよりよいことの証明は前述の如く困難であり、時として絶望的に困難であるう、又、恣意の介入を推測することが可能な多くの事例を摘示することが出来よう。然しこのような実際上の証明の困難や恣意の介入は、程度的には、自然的現象の探究における選択にも存することであり、法の解釈や裁判にのみ限られるものではないように思われる。又、或る人の具体的な法的選択の正しさについての疑問の解決が、「価値体系」に依存することを認めるとしても、吾々が現実に有する「価値体系」なるものは、体系というにはあまりにも漠然としたものであるのが普通であり、吾々は努力と論議の末によりやく体系らしいものをいくらか明にするのであると言えよう。すなわち、自然の認識の体系の場合と同じく、価値の体系も、或る程度現実に存するとしても、その完全なものは吾々の努力の目標であって現実ではない

ことが忘れられてはならぬように思われる。このように考える時、「価値体系」を資本主義的と社会主義的とに分類するとしても、それは可能な分類の中の一つに過ぎず、そのような分類を適用し得る場合においても、極めて多くの論議の余地が残されていることを注意することが重要かと思われる。⁹⁾

二 以上において、「客観的な正しさの存在」、よりよい選択と然らざる選択の区別の可能性を認めることの重要性を、吾国における論議との関連において考察した。

ところで、賢明・健全な選択と然らざる選択との区別をなすことの意義と重要性は、選択を直感や情熱との関連において考える時、より一層明かになるのではなからうか。カードソーは、先に見た如く、勘・直感・洞察の法的探究における重要性を強調してはいるが、彼は亦、「然しながら、若し吾々が勘を全司法過程の要約と考えるならば、一面的であり誤解であろう¹⁰⁾」としている。彼がかくの如く、勘・直感の一面的高揚を拒否する理由は、かかる一面的高揚によって感情法学と無政府主義に陥ることを恐れるからであるが、より一般的に言うとき、それは、彼が、情熱の危険を認め、情熱は理性により統制せねばならぬことを認めるが故であると言ってよからう。彼は次の如く述べている。

「或る論理と他の論理との間になされる選択を指導することによって、正義は論理に作用し、感情は理性に作用を及ぼすのである。逆に理性は感情から恣意的なものを追放し、さもなくば感情が狂的 (extraneous) なものになるかも知れぬ時にそれを抑制し、そして、感情を方法・秩序・首尾・貫性や伝統に結付けることによって、感情に働きかけるのである¹¹⁾」。

先に、情熱は人生における行動の原動力であるという見解を紹介し、学問的・知的探究もその例外ではないと述べた。然しながら、情熱はかくの如く重要なものではあるにせよ、それは又極めて危険なものであることが認められねばならぬだろう。このことは、性的情熱や権力への情熱に限られたことではなく知的情熱についても同様であろう。知性の背後には純粹な知的情熱が存すると共に、色々な情熱が存し、権力への情熱すらも存するであろう。¹²⁾ 理性は情

熱の召使であると言われてきたこと、知的探究における争は極めて容易に人間的争になりがちであること、學問が勝負に比較されること等は、我々の知的探究の背後の情熱の存在とその性格を推測せしめるであらう。

知的探究はかかる諸々の情熱を背景とするが故に、サンタヤナの述べる如く、「大抵の国民において大抵の哲学において知性は突進する⁽⁶⁴⁾」と言えるのではなからうか。ギルヴィッチは十九世紀の実証主義の知的突進について述べ、その原因を「貧弱な理解によって得られた実在への愛 (love of poorly understood reality)」⁽⁶⁵⁾としている。これは知性の突進のただ一つの事例に過ぎず、吾々は到るところにその実例を見出すのではなからうか。カードゾーも亦、先人見や抽象されたもののえの固執の背後に、吾々の本性の一部ともなっていると見得べき「情熱の支配 (empire of emotion)」⁽⁶⁶⁾が存することを述べている。

ところで、ここで吾々が特に注意すべきことは、理性の最も根本的な意義の一つが、情熱や直感との関連において存する、ということであらう。すなわち、情熱や直観に限界が存すること、それらが時として誤りや不正に導くことがあり得ることを認め、それを検討し統制することの必要を認めるものは、情熱や直観それ自身ではなくして、古くから理性と呼ばれてきたものの最も根本的な意義であると言えるのではなからうか。⁽⁶⁷⁾

カードゾーが、かかる理性の重要性を認めるものであると解し得る二つの事例を附加しよう。一つは、彼が「生得的な鋭さは基礎を置いた、屢々そして又特に、女性に賦与されている "clever guessing"」と、「注意・記憶・超意識的な合理化が含まれている "advanced intuition"」との区別を認めているように見える点である。もう一つの事例は次の例である。すなわち、彼は、アメリカの法理論におけるリアリズムを擁護するに際して、瞬間的衝動の讚美はリアリズムの核心ではないとしつつも、確実性を犠牲にすることは昔も今も存するが、リアリストが昔の人々と異るのはそれを隠さない点であるとし、リアリズムには秩序という古来の理想に対する軽蔑の調子の存することを認めている点である。⁽⁶⁸⁾これらの事例は、カードゾーが、理性の意義・役割を正当に認めている一つの証左となし得るか

思われる。

三 然らば次に、裁判と法の解釈における選択は何によって検討されるのであろうか。換言すれば、健全・賢明な選択と然らざる選択、理性的選択と恣意的選択の区別を原理的に承認するとして、かかる識別は何によって行われるのか。この場合、カードゾーが過去により獲得され蓄積された、規範的・事実的・方法的な原理・法則・概念に高度の重要性を認めていることは明らかに見える。カードゾーからの先の引用は、そのことを示している。彼は又、次のように述べている。「過去の世紀は何事を証明したが、それ以上のものの必要をも証明した。過去の幾世紀もの間になされた暫定的にして不確実な模索は或いは厭嘆すべきものであるかもしれない。然しそうした模索は暗黒の中に盲目的に突進することを避けようとするためには実に止むを得ないものである」¹⁹。彼が自由に対する統制を論じている箇所も、彼が、選択において過去と道徳を尊重するものであることを示していると見ることが出来る。すなわち、彼は二十世紀は十九世紀の自由に多くの制限を加えてきたが、自由の内容は時と所により変化せねばならぬことを認める、そして彼は、憲法によって最大の保障を得ている自由に制限を加えるに当っては、変化の有効性を検証しなければならぬが、そのような検証の手段として、第一に国民的伝統をあげ、第二に道徳 (the higher law)をあげているのである。²⁰

右に述べたことは、過去の尊重によって選択がその新しさと危険を払拭するという意味ではない。彼が述べようとしていることは、彼が他の箇所において言っているように、過去の崇拜と現在の崇拜との間の中道 (via media)²¹なのであり、慎重を欠いた大膽さと平凡な憶病との間の中道なのである。²²

又、カードゾーが、選択を過去によって獲得された諸々の手段によって検討することの重要性を強調する趣旨を、選択が常に十二分な明示の理由を備えなければ、その選択は解釈や判決とされてはならぬという意味に解してはなら

ないだろう。明示の理由が要求される程度・理由が備えるべき厳密性の程度は、時と場合により異なるであろう。そして、社会の複雑性、ひいては、事件の複雑性、と実践の火急性は、充分な理由を常に明示することを困難ならしめている場合も多いだろう。すぐれた理由や原理・理論が、明示のそれを持たない判決や結論の裡から事後的に引出されてくることは、屢々見受ける現象であろう。先に、カードゾーが勘・直観を強調していることを紹介したが、かかる強調の裡に、説明し尽されぬものを常に残す直観的な選択の創造的役割の承認が含まれている。かくの如く考える時、現在の直観の強調と、過去とその原理の強調はいかに関連するであろうか。カードゾーにおいて両者は排斥しあうものではなくして補完しあうものである。彼の説こうとしているのは、勘や直感の創造的役割を認めつつ、それを検討し批判することの可能性と重要性を認め、情熱・直感と理性との対極的均衡を主張しているものと解し得るであろう。すなわち、それは、彼のいはゆるパラドックスの理論の最も根本的な一つの場合であると言えるだろう。

(1) Cardozo, *Growth*, p. 212. 五六頁。

(2) 来栖・法の解釈と法律家、私法一一号（一九五四年）二〇頁。

(3) 来栖・法律家、末川先生還暦記念「民事法の諸問題」、二五〇—一頁。

(4) 村松・裁判についての一考察、民事訴訟雑誌2（一九五五）、八二頁。

(5) 村松判事は、(2)の引用に続いて、「……法解釈の多様性のなかからの選択の可能性を認め、その選択の立場が、どんな立場からなされているかを明にしたい。」と述べておられる。

(6) これはギンスバークがラッセルの見解として批判の対象としているものである。M. Ginsberg, *On the Diversity of Morals*, 1956, pp. 115-6, 37; Cf., *Reason and Unreason in Society*, 1947, p. 254.

(7) かかる問題においては、吾々は日常的な論議や法律的・倫理的論議における表現が、直ちに真偽を述べ得ぬ、不完全な表現であることが多いことを注意せねばならぬだろう。Cf., M. Cohen, *Introduction to logic and scientific method*, 1934, pp. 30, 184.

(8) コーエンは、裁判官はあらゆる事実を法に従って決定すべきであり、彼自身の恣意的意思に従って決定すべきではないという合法性の要請を、因果律の要請（物理的出来事には原因が存在するという要請）と似たものとしている。M. Cohen,

Philosophy and legal science, L. S. O., pp. 230-1.

(6) Cf., M. Ginsberg, *Ethical relativity and political theory*, in *On the Diversity of Morals*, pp. 32-3.

(7) Cardozo, *Jurisprudence*, p. 28.

(8) Cardozo, *Nature*, p. 163.

(9) Cardozo, *op. cit.*, p. 123.

(10) B. Russell, *Human Society in Ethics and Politics*, 1954, p. 164.

力への熱情は單に政治的現象においてのみならず、人生の殆んどあらゆる側面に、それを觀念において価値的に否定している人々の裡にも屢々認められるものであらう。我が國では、高田保馬博士が早くより（「社会学原理」大正八年）一貫して勢力を中心とした社会理論を展開しておられる。

(11) G. Santayana, *Character and Opinion in the United States*, 1955, p. 124.

(12) Gurvitch, *Sociology of Law*, 1947, p. 13.

(13) Cardozo, *Paradoxes*, p. 330. なお、ローレンは「思惟における絶対主義の背後に love of undue simplicity を認めている。M. Cohen, *Absolutism in law and morals*, in *Reason and Law*, p. 76.

(14) Cf., M. Ginsberg; *The function of reason in morals*, in *Reason and Unreason in Society*, p. 257; Cohen, *Reason and Nature*, p. 74.

(15) Cardozo, *Jurisprudence*, p. 14. ヴァレリーは「カードゾーが女性と現代リアリストについて述べたのと同じ趣旨のことを、詩の領域において、女性と近代人について述べているが、これは甚だ興味深い符合である。ヴァレリー・追憶の泉、筑摩書房版全集十一巻上、三〇六・九・三二二頁。

(16) Cardozo, *Growth*, p. 245. 一二九頁。

(17) Cardozo, *Paradoxes*, p. 326. 道德の尊重も亦、一種の過去・伝統の尊重を意味すると解し得よう。何故ならば、カードゾーの強調している道德は、新に人為的に作り出される道德を指すよりは、遠い過去から永い試練に打克って生きてきた道德、すなわち、国民的伝統と同じく過去の遺産としての道德を指していると解し得るであらうが故である。パターンソンはカードゾーの重要な貢獻の一つとして、「法における道德的価値に対する稀に見る洞察と雄弁な表現」を指摘している。

E. W. Patterson, *Forward to the Selected Writings of B. N. Cardozo*, v.

23 Cardozo, *Nature*, p. 176.

22 Cardozo, *Jurisprudence*, p. 40.

21 将来においては、過去において知られなかった検討の手段が加えられるかもしれない。

20 想像力を狂気と同質的なものであるとする者も、全くの狂人が創造をなし得るとは考えないのは、この正気ないし理性の重要性を認めるが故であると言えよう。アイヒバウムも、精神病質者は夢想・幻想への傾向をもつことによって創造に参与するが、そのためには、「合理性——つまり理性と悟性の力が幻想界への没入を制禦できるだけに強くならなければならない」ことを認め、更に、「ある人をほかの人よりも創造的にするのは、夢の層と合理の層を迅速に振動させて合奏させるといふ能力で、無形の混沌とした思考が発生と同時に、理性の篩にかけられて形を得るのであるが、こうした思考形式が、完全な健康人の場合よりも資質に恵まれた精神病質者の場合が多いのは疑えないことだ……」と述べている。(アイヒバウム・天才、島崎・高橋訳、一二九—三〇頁)。哲学における、更に広く探究における狂気やヴィジョンの役割を強調するコーエンも亦、詩人の見解が事実上は屢々、一面的で狭かったり、相互に衝突し首尾一貫しなかったり、幻想的であったりすることを認め、それらの見解に秩序と首尾一貫性を導入する理性の役割を強調することを忘れてはいない。Cf. M. Cohen, *Reason and Nature*, p. 彼における理性の強調は、その主著が *Reason and Nature* を標題としていることにも表現されていると言えよう。

五 論理的問題と経験的問題

一 司法過程における創造性の指摘は、前にも触れた如く、歴史的にも理論的にも法的思维における論理の意義・役割を一つの中心点として展開されてきたと言ひ得るであろう。すなわち、十九世紀中葉における概念法学批判も、今日における概念法学的思维の残存の指摘も、又、より積極的な、法の解釈と裁判における創造性の指摘も、形式論理・三段論法・演繹をいかに理解するかを排除しては考えられないであろう。ところで、このような問題を考えるに当って忘れてはならない重要なことの一つは、論理的問題と経験的問題(特に心理的問題)を区別し混同せざるように常に最大の努力が払はなければならない、ということではなからうか。カルナップは、この二つの性質の異った問題を区別することの重要性を、次の如く述べている。

「認識論の問題や方法論的問題の論議における困難は、屢々、論理的問題と経験的問題の混同に基くように見える。それ故、二つの分析を出来るだけ明瞭に区別することが望ましいように見える」。

「方法論的探究——特に証明・確証・検証等々に関する——を行うに際しては、論理的問題と経験的問題、例えば心理的問題を明らかに区別することが極めて重要である。いわゆる認識論的論議における、かかる区別の渾然たる欠除は、大量の漠然さと誤解を惹起せしめた」と。

又、我園において、尾高教授が法の解釈について述べて居られる所に、同様の趣旨のものを見出すことが出来よう。「たしかに現実の人間が現実の価値判断を下すのは、主観的な心理作用である。しかし、現実の意識の作用が主観的であるといつて、そこに構成された判断や推理そのものが主観的であるということにはならない。……ポルツァーノやフッサールが明らかにしたように、判断する意識の作用と判断そのものの命題そのものは、はつきり区別されなければならない。……個々の学者が或る解釈に到達する心理過程は主観的な作用であっても、そこに定立され表明された価値判断それ自体は客観的な意味を持つてゐる。法解釈学者が一つの価値観を正しいと考えるとき、その学者が具体的な問題についてどういふ価値判断を下すかは、主観を超えた価値法則によつて決定されてくる」と。

二 何故に論理的問題と経験的問題とが、性質の異なるものとして区別されねばならぬかは、論理学や認識論の根本問題として、その論議を哲学者や論理学者に委ね、ここでは、それは既に明にされた自明なものとして前提してよいであろう。蛇足的に述べれば、右の区別から次の如く理解して大きな誤は無いのではなからうか。

この二種の問題の区別され得ること、区別されねばならぬことは、尾高教授も述べて居られるように、典型的には、数学における証明と数学に関連する経験の問題との区別を考える時、明瞭に看取されるように思われる。数学者が数学上の問題を探究するのは、個人的名譽のためか・生活のためか・純粹に知的興味のためか、或はそれらの目的やその他の目的の混合した目的のためであるかという心理的動機の問題や心理的過程の問題、数学者の社会的な生活状態・社会体制・イデオロギーと数学上の貢献との間にいかなる関係があるかという如き文化社会学的問題は、純粹な数学上の問題と区別さるべき経験的問題であることは言うまでもなからう。自然的現象や社会的現象の因果的探究や、法

律の解釈の如き規範的探究に際しても、因果的關係や目的的關係は、命題（事實命題・規範命題）の間の論理的關係と區別されねばならぬだろう。例えば、法律に關して或る人が或る解釈や判決をなした場合、彼が意識のないし無意識的に、いかなる恣意的動機・不当な政治的目的の影響を受けたかという問題は、主張される法命題の論理的証明とは區別されねばならぬだろう。

法的探究は数学と異り因果的考察と目的的考察を含み、法的探究における証明は論理的証明と共に目的的証明を含むと言えよう。それ故、法的探究において「論理的問題」と「經驗的問題」を區別する事情は、数学と数学に關連する經驗的問題とを區別する場合とは事情を異にするものがある。然しながら、法的探究においても、論理的關係のみに關する問題と、因果的關係・目的的關係を含む問題とを區別することは可能であり必要であらう。より一層立入った研究は将来に残すとしても、なほ前述の區別を認め、次のように言うことだけは出来るように思われる。

すなわち、それは、概念法学的思惟の批判に際して、より一般的に、法律学的方法論においてなされる、法的確実性・形式論理・三段論法に対する非難は、極めて屢々、前述の區別さるべき二種の問題の混同を含んでいることを注意せねばならぬのではなからうか、という点である。例えば、法的確実性という言葉は、前提と結論との間に矛盾がないという論理的確実性を指すと共に經驗的な確実性（心理的・因果的・目的論的確実性、具體的妥当性、明瞭性）を指すために使われる。又、論理とか三段論法という言葉は、結論が前提に包摂されるという、命題の間の客觀的關係を指すために使われると共に、そのような關係を想到するに到った心理的過程等を指すために使われる。三段論法について、「實際は、人々は減多に、そうした仕方では考へるのではない」とする同巧異曲の表現は、屢々吾々が耳にするところであらう。吾々はそこに、コーエンの言葉を引用すれば、「心理と論理との間の許すべからざる混亂」を見る事が出来る。

法における三段論法とは、当該被告の行為が或る性質のものであるという事実的前提と、この性質の行為は裁判官

が命令を発することを法的に權威付けられた種類のものであるという法的前提の二つの命題が前提として設定された場合には、結論は完全に論理的に証明される、という意味に解し得よう。

若し形式論理の典型たる三段論法が、法において、かくの如く考えられるとき、形式論理・三段論法・演繹に対して屢々なされる非難は何を意味するだろうか。それは、コーエンが述べ、或は他の人々も述べているであろう如く、「法における論理の反対者が心の裡に懐いているように見えるものは、それは、論理とか無矛盾性とかの名によって、或る特定の法原理を、然の前提として執着し、その規範や原理の限界や、實際の状況に対する一層同情のある理解によって要求される他の前提によって補足されることの必要を進んで見ようとしないう人々の心の狭隘さである」⁽⁵⁾、と言つてよからう。法的結論の法的前提・事実的前提とされるものは、判断する者が原理であると考え、事実であると考えた原理や事実であり、それは、無限な可能性の中の一つであることが忘れられてはならぬだろう。婦結が具体的妥当性に照して適切でない時は、具体的妥当性をより一層よく実現する結論を支持するであろう他の新たな前提が搜し求められねばならぬが、論理は新しい前提が何であるかをそれ自身によって決定することはない。この、新しい前提が何かという問題は、直接的には、論理の問題ではなくして創造的洞察の問題であろう。それ故、論理に対する非難は、「混乱した仕方⁽⁶⁾で、論理に対する不信ではなくして、吾々が法的前提と呼んできたものに対する不信を表明しているのである」と言つてよからう。

三 以上において、概念法学批判における形式論理に対する非難の中に、論理的問題と経験的問題の混同が存することを述べた。然し、かかる混同は、三段論法や演繹は、前提の中に含まれるものを明かにするに過ぎないが故に、それらは非生産的であるとする見解の中にも見出されよう。論理的には、三段論法は、結論が前提の中に含まれることを明らかにするにすぎないが、或る前提が或る結論を含むこと、或る結論が或る前提に包摂されることを明らかに

することは、吾々にとって、心理的には厭々極めて大きな驚であり新しさをもつことが注意されねばならぬのではないだろうか。⁽⁹⁾ 論理的関係を明らかにすることが心理的には驚きと新しさをもつことは、数学上の問題の解答をなすことを考えれば明瞭である。数学の問題の解答は、論理的には前提の中に含まれているものを明らかにするに過ぎなくとも、心理的には驚きと新しさをもち、そのような解答をなすことは吾々にとって必ずしも容易ではないことは何人も認めるところであろう。同様のことがらは、論理の典型としての数学のみならず、法に關係する規範命題・事実命題の夫々の間の論理的關係の明確化についても言い得ることであろう。⁽¹⁰⁾ 吾々は極めて微弱な根拠によって極めて容易に一般命題を樹立する傾向があること、吾々が一般命題を設定するとき、吾々はその中に論理的に包摂される凡ての帰結を心理的に知っているのではなく、又、その命題の前提の凡てを知悉しているわけでもない。⁽¹¹⁾ すなわち、吾々は人生における生と死の兩者に対して共に限いように、吾々は常に中間から出発し、その前提をたどり帰結を探るのであると言えよう。⁽¹²⁾ 吾々は或る一般命題の中に論理的に含まれざるものを論理的に含まれるが如く想像したり、前提となし得ざるものを前提と考えたりすることは極めて多いだろう。論理は前提と帰結との間の關係の矛盾の有無を明らかにすることによって、吾々の進むべき途から誤謬を取り除く助をすると共に、明確にされた前提以外の前提を探る可能性を明らかにすることによって他のよりよい前提を探る助をなし、學問的生産に対して重要な役割を演ずるものと言えよう。⁽¹³⁾

四 以上において、概念法学を批判したり、法の解釈と裁判の創造性の問題を考える際、「論理」をどのように考えるかが極めて重要であるが、法における論理について考察すべき問題は色々あるにしても、論理的問題と經驗的問題を出来るかぎり區別することが先づ何よりも忘れられてはならぬことを紹介した。然らば、かかる点についてカードソーは充分な注意を払っているだろうか。リーヴィーは、カードソーが「論理」についての明確な觀念を欠

き、「論理と効用が主權を争つてゐる」等の表現をなしてゐることを指摘し、リーウィーは、カードソーにおける「論理」という言葉のかかる用法を非難しつつも、それを許さねばならぬとする。そしてその理由として、リーウィーは、「論理を何ものと闘うものと考えゐることは伝統的である。屢々歴史や経験と闘うものと考えられてゐる」と述べてゐる。

確に吾々は、我が国における論議の場合と同様に、カードソーの論議の中に、リーウィーの指摘する如き、「論理」の語の正確な用法を数多く発見するだろう。然し吾々は、カードソーが、論理を歴史や効用と争うものと述べるのは、彼が法の解釈の方法を哲學的方法(論理的方法)、歴史的方法・社會學的方法として並列的に分類する場合と同様に、一種の比喩として用いてゐるように思われることに注意せねばならぬだろう。比喩は正確に述べようとすれば多数の頁を要し、又、時には克服することの困難な問題を回避しつつ主題を探り展開する方法である。比喩は諸々の問題を統一的に説明する鍵たる、重要にして共通な要素の直観的把握を含むことによつて方法論的価値がある。そして、それは直観的な伝達力をもつ。子供の發する人生の難問に対して体系的且つ嚴密に答へることが出来ない大人が、比喩によつて答へる時、かかる答が明晰でないにしても重要な答たり得るのは、以上の如き理由によるであろう。先に詩的直観について述べたことは或る程度比喩についても當嵌るであろう。比喩は形成期の理論であり、形成期は決して消滅することはない。一般に、法に關する理論は、人間生活という極めて複雑な対象を取扱い、その理論的嚴密性が新興の自然科学の嚴密性に比して劣ると考えられてゐる。かかる状況下においては曖昧なものを明析化する努力は勿論重要であるが、看過されやすい重要なものを重要なものとして把握せんとする比喩の開拓者の意義が忘れられてはならぬだろう。かくの如く考えるとき、カードソーがふんだんに用ゐる比喩的説明に対して向けらるべき批判は、彼が比喩によつて重要なものの先驅的把握をなしてゐるか否か、比喩の陰にかくれていかに重要な實質的誤が侵されてゐるか否か、という点にあると言えよう。然るとき、グッドハートが示唆する如く、創造性や論理をば司

法過程を中心として考察したカードソーの考察は、比喻によって曇らされていることはあるにしても、彼の学識と直観は多くの重要なものを抱えてはいるが実質的な誤に陥っていることは極めて少いと言えるのではなからうか。

- (1) Carnap, *Testability and meaning, in Readings in the Philosophy of Science*, pp. 48-9.

(2) 尾高・法の解釈、法哲学年報（一九五四）「法の解釈」二二頁。碧海・法哲学概論、一五四頁。なお、この尾高教授の見解に対し、西村教授は「経験科学的には果してそのように言えるであろうか」（西村・法心理学の課題、日本評論社、法律学体系五〇頁）として居られる。尾高教授の「一つの価値観」以下の言葉における、「価値法則により決定されてくる」は、前後の關係より見て、価値観とよばれる原理的な価値命題とより具体的な価値命題との論理的關係は主観的なものではなくして客観的なものであり、かかる客観的な關係が存するが故に、「こういう結論を出してもらいたいと思えばこの人のところに行けばよい」という因果的推測（或る人の「価値観」と具体的な価値判断との事実的關係に関する）がなされ得るのであるという意味と解される。換言すれば、前述の如き「こういう結論を出してもらいたいと思えば……」という因果的推測が行われるのは、「……それは、その解釈の『主観性』の証拠ではなくて、むしろ逆に、そこに価値論理の操作の客観性があることを物語っている」こと、すなわち、価値命題の間の論理的關係の客観性を前提としているという意味と思われる。

すなわち、尾高教授のこの箇所は、経験科学的問題とは区別される論理学的問題を主として論じていられるのであると思われる。尤も「価値法則」という言葉は、尾高教授の述べられる如き論理的關係の意味に使われるのみならず、価値に関する心理的・社会的・因果的法則としても用いられるように思われる故、誤解を生ぜしめやすい言葉のようである。

- (3) J. Stone, *The Province and Function of Law*, 1950, pp. 205-6.

(4) M. Cohen, *Philosophy and legal science*, L. S. O., p. 230.

(5) M. Cohen, *My philosophy of law*, in LAW, p. 39.

(6) M. Cohen, *Philosophy and legal science*, L. S. O., p. 230.

(7) M. Cohen, *Introduction to Logic and Scientific Method*, pp. 173-6.

(8) M. Cohen, *op. cit.*, p. 174. なお、論理的推理が自然の探究において果たす大きな役割の典型としては、海王星の発見等が挙げられる。Cf., M. Cohen, *Reason and Nature*, p. 123.

(9) Cf., M. Cohen, *op. cit.*, pp. 132, 174, 278. 例えばガウスの定理が発見されてから、ユークリッドによってその公理が

論議に於ける幾何学を要した。Cohen, *The Faith of a Liberal*, p. 378.

(2) *Ibid.*, Cohen, *Introduction to Logic and Scientific Method*, p. 222.

(3) M. Cohen, *Reason and Nature*, pp. 109-111.

(4) E. H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, 1948, p. 17.

(5) Cardozo, *Nature*, p. 123; *Growth*, pp. 218-220.

(6) カードソー「論理の他が諸方法に伍して一個独立の方法とされることについては批判の余地がある」ことを認めてい
る。Cardozo, *Growth*, p. 213. 六〇頁。

(7) M. Cohen, *Introduction to Logic and Scientific Method*, pp. 221-2, 369.

(8) Goodhart, *Five Jewish Lawyers of the Common Law*, 1949, p. 64.

大 小

一 以上において、法の解釈と裁判における創造性に関するカードソーの所説を紹介した。すなわち、創造力の中心は想像力であるという彼の見解を紹介し、次に、想像力が創造力であるのはいかなる理由に基くかを、主にコーエンの所説を藉りて解説した。次ぎにカードソーの創造に関する理論を、選択という側面から、選択の問題の困難性に対する彼の自覚を中心に紹介した。次ぎにカードソーにおいては、選択における勘・直観の重視にも拘らず理性の意義が忘れられていないことは注目すべきことであることを述べた。次ぎに司法過程における選択と創造の存在とその重要性を肯定する主張をなす場合も、それらを否定する理論を批判するに際しても、論理的問題と経験的問題を出来るだけ区別することが重要であるとし、かかる点においてカードソーはいかに見らるべきかを述べた。

先にも述べた如く、消極的には、裁判と解釈における創造を否定する理論を種々な側面から検討し、積極的には、創造性の問題を色々な角度から考察する点において、吾々には多くの問題が残されていると言えよう。今まで紹介してきたところは、カードソー自身も認める如く、多くの問題のうちの若干の考察にすぎず、しかもこの紹介自体が

極めて不完全な素描にすぎないことが認められねばならぬ。例えば、正当にも大人の学問と呼ばれる法律学や裁判における創造が、他の学問や芸術における創造と、いかなる点において、根本的にして重要な差違を示すかについては、間接的には触れても、直接それを課題とすることはなかった。その理由の一つは、カードゾー自身が、法的創造と他の創造との共通性、類似性に着目しているためであるが、そのような差違が明かにされることによって、法的創造の性格がより一層明瞭なものとなるであろうことは疑ないところである。それらの残された多くの諸点については後日の研究に委ねたい。

この紹介を終る前に、創造性の問題が、カードゾーの理論及び法哲學的問題一般の中で占める位置について考えておくことは、彼の所説の内容の理解の助にもなるかと思われる。

先に、コーエンの見解を引用して、司法過程における創造性の主張は、カードゾーの所説における焦点の一つであることを述べた。然し彼の所説はパラドックスの理論によっても特色付けられ得る。彼は、司法過程の分析と彼自身の成熟と平行して、益々司法過程の中に潜む不確実性を確認すると共に、それを不可避なものと感ずるに到った。そして彼は、司法過程がその最高の高みにおいて、「発見」ではなくして「創造」であることを知った。そして彼は更に、司法過程における選択と創造に対する反省を通じて、人生と法における対極的要素と、その間の妥協の不可避性を明にした。この理論は、カードゾーの名著の一つの標題となっているパラドックスの理論である。かくの如く、カードゾーの創造性の理論はパラドックスの理論につながると言えよう。

二　ところでグッドハートは、今まで紹介した司法過程における創造性の理論に関係する極めて重要な言明をなしている。すなわち、彼はカードゾーを記念する講演において、「今日の危険は、裁判官が限定された範囲内で〔法を〕創造する力と廃止する力を持つことの理解の不足にあるのではなくして、それらの力を誇張する傾向が存し、

その結果、法の根本的特質の一つである法的安定性が極めて弱められるであろうという点にある」と述べている。⁽²⁾

グッドハートは、法的創造の誇張によって法的安定性が害はれる危険を述べているのみならず、「今日では法それ自体の存在が尋ねられている」と見る。すなわち彼は、ナポレオン戦争以後、英国は政治的安定の世紀に入つたため、パーク以後においては英国の法的思惟は益々技術的になった、「それ故、英国の法哲学が限られた範圍内でしか法の淵源や本質に関心を示さなかったのは驚くに足りない。何故ならば哲学者と雖もその時代の問題に興味を持つ傾向があるからである。然しながら今日では法それ自体の存在 (the existence of law itself) が尋ねられている。それ故吾々は……」⁽³⁾と。右の如く、グッドハートは、「今日では法それ自体の存在が尋ねられている」と考えるが、彼はその理由を、現世紀が再び政治的不安定の時代に入つたためと見るのか、それとも他の別の理由に基くものと見るのかについては、直接に述べているようには思えない。然しとにかく、彼が、今日における重要な問題は「法それ自体の存在」の問題であるとしていることは明らかだろう。⁽⁴⁾

また、グッドハートは「法の支配」を論じて、「王自身はいかなる人間にも服すべきではない。然し神と法に服すべきである……」というブラックトンの言葉が重要であるのは、この言葉が「単に一つの理想の表現と考えられたのみならず、英国の法律家が、ブラックトンの言葉を、現に生きている原理 (working principle) として受容れたことである」と述べている。すなわち、「法の支配」の觀念が、深く永く英国の法思想の裡に根ざしていることは、広く認められているところであらう。ところで、「法の支配」という言葉には色々な意義があるにせよ、その第一次的意義は、人間の間の正しい関係と然らざる関係を識別することの原理的な可能性を否定する理論の否定、例えば、法や正義を力の関係に還元する諸種の形態の法実力説の理論的拒否、より積極的に言えば、「法それ自体の存在」の肯定、法的規範の秩序の存在の肯定を意味する。と言ひ得るのではなからうか。⁽⁵⁾右の如く理解することが出来る時、興味深く且つ重要なことは、「今日では法それ自体の存在が尋ねられている」という表現が、このようなイギリスに

において、このような見解を述べているグッドハートによって述べられているという点であろう。

三 今日における「法それ自体の存在」の問題の重要性は、他の側面から瞥見することが出来るかと思われる。すなわち、それは、「法の精神の凋落」とも言うべき側面である。

グッドハートはイギリスの政治的・法的思维の根底に妥協の精神を認めている。そして彼は、コモン・ローにおける「道理を弁えた人間」(reasonable man)は、中庸というアリストテレス的理想によって導かれているとしている。かかる見解も亦、グッドハートをまつまでもなく、一応は広く知られているところであろうが、更に、イギリスの著名な政治学者バーカーが述べているところを附加しておこう。彼は、「吾々の大部分は『有限の中で満足』し、経験の導きの星を一般に信ずる生れながらのアリストテリアンではなかるうか」とし、「イギリス的中庸」(Via media Anglica)は、イギリス国民の愛するものであり、それはイギリス人の中世以来の古い伝統であることを述べている。右の如き言明において、グッドハートやバーカーは、単にイギリスの政治と法の国民的・地域的特殊性を述べているのではなくして、そのような特殊性を価値的に肯定し高揚することによって、特殊性を述べることを通じて、「法の精神」「政治の精神」を述べているのを見て差支えないだろう。

妥協・中庸・均衡・調和という観念は、カードゾーも亦屢々強調しているところである。かかる強調において彼はアングロ・サクソンの思维の伝統を承継していることが忘れられてはならないだろう。ところで重要なことは、政治と法の精神を表明する妥協・中庸・均衡・調和という観念が、単に我が国に限らず現代においていかなる状況にあると考えることを至当とするだろうか、という点である。重要な見解が、ギンスバークによって述べられている。すなわち彼は、中庸とか調和とかの観念は現代において訴える力を喪失していると見る。

「中庸とか調和とかの観念に依拠する理論は、人間生活における衝突や破壊を深く意識するに到った人々に対して、その力を失

ってしまった」と。そして彼は「中庸は、量的評価によつては、確認され得ず、實際的な聰明さをもった人間の智慧を要求する、アリストテレスの教訓」が、単に、現代における衝突や破壊を深く意識している人々のみならず、現代人一般において弱くなっていることを認めているように見える。⁶⁰

ここで注意を惹く点は、グッドハートの場合と同じく、かかる見解が、中庸の伝統を誇とするイギリス的状况の中で、著名なイギリスの社会学者によつて述べられたという点である。ところで、智慧という觀念は、ギンスバークの右の引用にも見られる如く、中庸・調和・均衡・妥協の觀念と密接不可離なもの、その母体であるとも言えよう。H・F・ストーンは智慧の裡に偉大な裁判官の特質を求め、カードゾーの特質もそこにあるとした。⁶¹然しながら、智慧とか良識とかというものは、科学の精神といかなるつながりがあるかと通常考えられているだろうか。智慧や良識は前述（三節の五）した如く、科学の精神に相反するもの、ないし、無縁なものであり、智慧や良識を無用にすることが科学の理想であり、それらのものが重要な働を果す程度に應じて、その学問は眞の科学から遠い、という如き種類の見解は、屢々吾々が耳にするところではなからうか。

智慧とか良識とかという一見掴みどころのないものが司法過程において果す役割を考ふるに際しては、今日において最も嚴密な經驗的学問の典型とされるのが通例である物理学において、智慧・良識がいかなる役割を演ずるかを考ふることは多大の参考となるのではなからうか。フランスの優れた物理学者デュエムは物理学の探究において、良識がいかに重要な働をするかを述べている。すなわち、彼は、假説の正しさに對する實驗の証明価値は絶対的ではなく、いはゆる判決實驗 (crucial experiment) は文字通りの意味においては不可能であり、「理論の或る帰結が實驗的矛盾によつて覆されるとき、吾々はこの理論が修正されねばならぬことを教えられるが、實驗は何が変更さるべきかを告げることはない」。「そのような場合に、或人は伝統的假説をいかにもして擁護しようとし、又他の人はいかにもして新しい假説を立てんと努力する。その場合、前者は後者の大胆さを非難する權利をもたず、後者は前者の憶病さを

馬鹿げたものとする權利を持たない。それをなすものは〔パスカルの〕『理性の知らざる道理』であり、『繊細の精神』である。それは適切にも良識とよばれているものである。」「論理は不適切な假説が、より一層稔り多き假説に道を譲るべき時を厳格な正確さで決定することはせず、かかる時を認識することは良識に属することを認めるのであるが、物理学者は自己の裡にある良識をより流動的に、より注意深くすることによって、かかる時に関する判断を迅速にし、科学の進歩を早めることが出来るのである」と述べている。そして彼は更に、物理学者は「よき数学家、巧妙な実験家であるだけでは充分でなく、彼は又公平にして誠実な裁判官でもあらねばならぬ」とし、クロード・ベルナールと共に、假説の実験的検討は、或る精神的諸条件に従属せねばならぬ、としている。

右の如く、デュエムは、智慧・良識が一見したところ無縁にも見える物理学的研究においていかに重要な働をするかを述べているが、極めて複雑な社会的現象を対象とし、嚴密性について多大の疑惑が抱れがちな法律の諸科学においては、智慧・良識は物理学の探究における場合以上にその重要性が認められねばならぬであろう。

ところで、先に引用した、中庸・調和の精神の涸落に関するギンスバークの指摘は、智慧の涸落をも肯定しているものと言ひ得るであろう。実存主義者マルセルは、明らかに、近代における「智慧の涸落」を述べている。

そして、これ又、一見したところ奇妙に見えるが重要なことは、智慧の涸落が理性の涸落と平行しているように思われる点である。（前述の如く理性の根本的な意義の一つは直感や情熱に対するものであると考える時、智慧の涸落と理性の涸落は同じものを指しているように思われる）。すなわち、前述のマルセルは、智慧の涸落を認めると共に近代における理性の涸落をも認めているように思われるが、自らパスと共に論理的プラグマティストと称するコーエンも亦同様の見解を示している。すなわち、コーエンは、現代は科学の時代であるといはれるにも拘らず、理性・知性の權威は地に墜ちていると見る。そして彼は、中世及び近代を特徴付けて次の如く述べている。中世においては、単に思想のみならずその世界全体が秩序への要求によって特徴付けられ得るが、十五世紀以後の近代的思想は、運動

と生長の觀念を人間の内外とにおいて支配的ならしめた。⁽¹⁶⁾近代的思想の特質の一つである普遍的進化的思想は、ローマン主義の裡に起源を見出すことが出来るが、そこにおいては、「動的 (dynamic)」 「進歩的 (progressive)」 「進化的 (evolutionary)」 という觀念が強調され、理性・秩序・恒常的なものが無視ないし軽視された。ローマン主義は更に積極的に、理性を超えた内的な創造的な無制約的な啓示の淵源に対する信仰を包含した、⁽¹⁷⁾と述べている。

若し右の如き見解を肯定するとき、グッドハートやギンスバーク等によつて紹介した、現代における「法それ自体の存在」の觀念の喪失、中庸・調和・均衡・智慧・理性の觀念の凋落が、ローマン主義に典型的に表現されている近代的思想の諸特質と深い関連を有するものであることを想像せしめるように思われる。近代の最も根本的な思想的特質を自我の覚醒に求めることは通例の如く思われるが、アイヒバウムは、現代においてもはやされる、創造の担手たる「天才」の概念の裡に「自我の神格化宣言」たる性格を認めている。⁽¹⁸⁾自我とその情熱の神格化・宗教化は、近代の思想の極めて自我中心主義的な性格を示すものであるが、それも亦ローマン主義の諸傾向の中に典型的な表現を見出すことが出来るものではなからうか。⁽¹⁹⁾

四 右の如き見解を肯定する時生ずる二つの問題について述べておきたい。第一。右の如く考える時、先に引用したグッドハートの見解、すなわち、「今日における危険は、制限された範囲内で、裁判官が法を創造したり廃止したりする力をもっていることについての理解の欠除に在るのではなくして、それらの力を誇張する傾向——その結果、法の最も根本的な特質の一つである法の安定性が甚だしく弱められるであろう——の中に存する」という見解に大きな意義を見出すことが出来るように思われる。然しながら、カードゾーが、現代において屢々見られるであろう創造の誤った讚美に陥っているのではないことは明らかである。このことは、彼が、進歩と安定を自由と統制等と共に對極的要素と考え、その間の均衡を説いていることなどからも窺い得るであらう。

第二。先に、カードソーが依拠し体现していると見得べき、アングロ・サクソンの精神の動搖・弱体化がイギリスの學者自体によつて指摘されていることを述べ、かかる精神的支柱の弱体化が深く近代の思想的特質と結びついていると解することを支持するように見える若干の見解を紹介した。然しながら、前述の如き指摘が肯定されるにせよ、又、現存の制度や民族は何れのものも完全とは言い難いにせよ、「法の精神」はなほ依然としてアングロ・サクソンによつて体现されている、換言すれば、モンテスキューが再生したならば、彼は再びアングロ・サクソンをモデルとして「法の精神」を著すではなからうか。⁽²⁰⁾かくの如く想像する者は、サンタヤナが「アメリカにおけるイギリス的自由」について述べているところに、アングロ・サクソンの精神に対する最も雄弁な讃辭・最高の弁明・最深の洞察の一つを見出すものの如くに思われる。

「たいていの国民・たいていの哲学において知性は突進する。知性はそれが善しとする最初の瞥見によつて前方を消滅され恍惚となる。かくの如くして性急に作られたドグマは、意思から凡ゆる危険を取去り、意思の凡ゆる企てを保障するように見える。然し實際は、それらのドグマは、我々を危険に対して盲目たらしめることによって、凡ゆる危険を悲劇的なものとし、凡ゆる希望を救い難いものにするのであるが……」。

然らば、かかる事態は何故生ずるか。

「何故に人々は、——自己の依拠するものが明らかに限られており永久的成功は不可能であり、意思、自体が實際は極めて脆く、その夢が實現され得ないことが分る以前においてすらそれを放棄する程であるのに——何故に人々はかくも容易に絶対的要求を設定するのであろうかと尋ねることが出来よう。その理由は、衝動が弱ければ弱い程、無知であればあるほど、子供じみていれはいる程、衝動が自らを抑制しその要求の一部を犠牲にして残余をよりよく獲得することが出来にくいからである」。

「然し均衡——若し吾々が健全である場合には我々は均衡によつて存在するのであり、それは我々が理性と呼ぶものであるが——はこれらの反逆的な夢を支配下に置く。若しこれらの夢が野放図に駆け廻ると、我々は自己を失つてしまふ。理性は調和である。そしてそれは自我中心主義的な哲學者達によつて拒否されて来た……」。

「情熱は理性的な社会においてすら依然として生の要素である。然しそれは相互的な統制の下に於てである。そして理性の生命は、イギリス的自由と同じように永遠的妥協である」。

「この種族においては、知性は、勇気が必要な場合に意思に勇気を残しつつ、慎慮に味方した。地上的存在にとつて、かかる能力のバランスは天を敵う知性——凡ゆるものを拒否したり証明したりはするが、その意思は何事をも企てたり改めたりすることなく、怠惰とつまらぬ悪意と皮肉の裡に自らを費消する知性——よりもどれ程幸せなことか——イギリスの性格においては、謙抑と勇氣とは、正しい場所に正しい程度に於て現れる。男らしさは、ものごとを確実なりと主張することなしに、行為を敢てする。それ「男らしさ」は、有限性に基く死すべき人間の諸々の危険を蔽ひ隠さんとして、凡ては確実なりと叫びはしない。そして男らしさは、その報酬として探險の喜びと同志的友情の喜びを受ける」。

「協力を可能にし、前進的なものとしているのは、この堂々たる男性的性格・この力強い精神的な若さなのである。……」⁽²¹⁾

我々は更に、サンタヤナがかかるアングロ・サクソンの精神の根柢に、アングロ・サクソンの敬虔 (Anglo-Saxon piety) を認めていることを見出すことが出来る。「アングロ・サクソンの生活と哲学に表明された神秘的確信がある。それは、我々の努力 (labour) はたとえ失敗に終る時ですら窮極の偉業に貢献し、有難いことにそれらの失敗は水中に没するが如くにその偉業の中に没するという確信である。アングロ・サクソンの敬虔は、信頼と順応という形で、より一層思弁的な宗教が禁欲を通じて達したのと幾らか相似した洞察、すなわち、吾々は意思を放棄し自己を否定しなければならぬという洞察に達している」と。パーカーもイギリスの社会・歴史・政治の問題を解く鍵として、それらと宗教との深い関連を強調している。⁽²²⁾ 敬虔という語を広く解する時、それはカードゾーの理論の中に深く滲透している。法則の假説的性格の認識において、神の創造と人間の創造との区別をなす点において、過去の尊重において、人間の弱さについての認識の重要性を説く点において等々。そしてかかる点においてもカードゾーはサンタヤナの見る如きアングロ・サクソンの精神のアメリカにおける表現と見ることが出来るよう。

(1) 大人と子供の差違は色々な観点から考察することが出来るだろう。経験の構造・特質を中心に考えることは、両者の重要な区別を知らしめるであろうが、「健全」という観念を中心に考えることも出来るだろう。健全という観念は往々にして、その否定的な側面のみが強調されるが、この観念の根本的意義の一つは、重要なものを推測・直観し多くの要素の全体的均衡・調和をはかるということであろう。かかる意味の健全さが壊れる時、個人においては死、社会においては破壊が惹起する。大人

と子供の精神の根本的な構造的差違の一つは、この全体的均衡をはかる力の裡に見出されよう。法と政治という、たとえそこに創造はあるにせよ、その創造は他の学問や芸術における創造の典型を見得べきものではなくして、創造の諸条件の創造という性格を顕著に備える領域においては、社会現象の複雑さと相俟って、全体的均衡（最高のものと最低のものとの間の・善と悪との間の・現在の諸要素の間の・過去と現在と未来との間の）の重要性を倍加するに思われる。

- (2) Goodhart, *English Contributions to the Philosophy of Law*, 1948, p. 34. 山下訳・イギリス法哲学の発展、四四頁。

- (3) Goodhart, *op. cit.*, p. 27. 山下訳・三四頁。

十九世紀における実定法主義はヨーロッパ大陸のみならずイギリスをも支配した。そしてこの実定法主義は、ラッセルソンが言うように「基礎的問題はすでに解決されており、比較的小さな問題のみが法律機械の進歩のために必要であるとの安心を表明するものであった」と言えよう。(M. Lasser, *The work of Leon Petrazhskii*, *Column. L. R.*, Jan. 1951, p. 60.) そしてかかる傾向は、あらゆる領域において進行した専門化の傾向——法の領域においては哲学と法哲学・法哲学と法律学の分離・独立・専門化によって促進されたと見ることが出来る。(Cf., Cairns, *Legal Philosophy from Plato to Hegel*, 1949, pp. 1-3.) 尤も、実定法中心主義や専門化的な技術中心主義以外に、「法それ自体の存在」の觀念の否定に導いたいろいろな要素を考へることが出来るだろう。このような問題の考察において、実存主義的傾向の人々による近代の特質の分析や、パークやトックヴィルによってなされた考察は、多くの示唆・教示を提示するものではなからうか。

- (4) 「……今日ではもはや法の概念自体が認識されていないし毫も理解されていない……」。これはマルセルの述べている言葉である。(マルセル・人間、小島・信太訳・二七六頁)。グッドハートとマルセルの一見したところ同じような言葉が、同じことを意味するか否かについては疑問が持たれるかもしれない。然し両者の表現が同じことを意味すると想像せしめる重要な理由の一つとしては、両者が共に現代の思想的な絶対主義——近代における相対主義の強調にも拘らず存在して来た——を、一方は法と政治の領域において、他方は人生と哲学において問題としている点を挙げ得るに思われる。Cf., Goodhart, *op. cit.*, p. 11. 山下訳・一〇—一頁。

- (5) Goodhart, *op. cit.*, p. 17. 山下訳・一八頁。

- (6) 「法の支配」の語の多義性については、伊藤正己・法の支配、四—九頁参照。「法の支配」、「自然法」の第一次的意義が、恣意の支配の否定、法的規範的秩序の存在の肯定を意味することについては、J. Hall, *Studies in Jurisprudence and Criminal Theory*, 1958, pp. 26, 53-5, 110, 113, 118, 140. を参照。なお、野田教授によるシュタムラーの自然法観の重要性の強調（野

田・現代自然法、法哲学講座第五巻下）参照。かかる意義における「法の支配」「自然法」の概念の今日における実質的重要性は、現代の思想及び現代に大きな影響を与えてきたマルクス主義やフロイド主義的な理論や考え方においては、意識的又は無意識的にそれが否定ないし無視される傾きがあることではなからうか。Cf., J. Hall, *op. cit.*, pp. 26, 140-2.

(7) Goodhart, *op. cit.*, p. 26. 山下訳・三三頁。

(8) E. Barker, *Britain and the British People*, 1955, pp. 136, 176.

(9) E. Barker, *The Character of England*, 1947, p. 551.

(10) Ginsberg, *Basic needs and moral ideals*, in *On the Diversity of Morals*, 1956, pp. 133-4.

(11) H. F. Stone, *Book review of The Nature of the Judicial Process*, *Columbia L. R.*, Vol. 22, 1922, p. 385; Mr. Justice Cardozo, *Colum. L. R.*, Vol. 39, pp. 1-2. 村松・裁判についての一考察、民事訴訟雑誌一九五五・二号、九五頁において、村松判事も裁判官における級智の意義を強調しておられる。

(12) P. Duhem, *Physical theory and experiment*, in *Readings in the Philosophy of Science* edited by Feigl and Brodbeck, 1953, pp. 241, 250-2.

(13) マルセル・智慧の凋落、小松訳。

(14) プラグマティズムと論理実証主義との間には根本的な相違点はなく強調点の差違があるのみであると言われている。(大森莊蔵・論理実証主義、哲学雑誌、六八巻七一八号、昭和二八年、四七頁)。このことはジェームス・デュイのプラグマティズムよりもパース・コーエンのプラグマティズムに特に言い得るところではなからうかと思われる。ところで、実存主義と論理実証主義は現代の最も代表的な哲学であると言われているが、「両者の間には生きた交流が少しもない」とも言われている(マルセル・智慧の凋落、小松訳、一〇三頁)。然しプラグマティストと実存主義者の間に、創造についての考察や、近代の把握やその他の諸点において多くの共通性を見ることは興味深い。パースは、近代の経験主義的傾向が共通して示す唯名論的傾向を却け中世的・実在論的見解を積極的に肯定しているし、デカルト的合理主義批判をその出発点としていること等は、実存主義とプラグマティズムとの間の若干の関連を窺わしめるように見える。

(15) M. Cohen, *Reason and Nature*, p. 3.

(16) M. Cohen, *op. cit.*, xii.

(17) M. Cohen, *op. cit.*, p. 20.

④ アイヒバウム・天才、島崎・高橋訳、一四九、六三、一五五頁。かかる自我中心主義的傾向は、法の世界においては、契約主義的・意思中心主義的傾向の中に表明されていると言えよう。グッドハートは、吾々が、絶対的主権による統治が自由の否定であることを理解しているが、人民の意思に基礎を置いた統治が人民の情熱の激発の故にいかに危険であるかを忘れる傾向があることを指摘している。Goodhart, *op. cit.*, p. 23. なお、我國における自我の確立の未成熟が、他者の主体性の尊重を皮相なものとし、所有・権利の觀念を曖昧なものにすると共に、公の精神・憲法の精神を稀薄ならしめる上に重大な関係をもつことについては、川島・近代社会と法、七八―八二頁、一五九頁等参照。

芸術家は一般に情熱家であり激情の贋美者であるであらうが、興味深いことはイギリス——（多くの卓れた芸術家を生んでいるにも拘らず必ずしも「芸術の国」とは見られず「法と政治の国」として見られる）——において、アナキズムを唱えるハーバード・リードのごとき人の裡に、情熱を抑制する理性・均衡・中庸の觀念の重要性の明瞭な指摘を見ることが出来、そしてそこにイギリスの芸術家の一般的な姿を想像し得ることである。Cf., H. Read, *Anarchy and Order*, pp. 21-2, 27, 108.

⑤ 近代における民族主義にも亦、自我の投影と考えられたものの強調を認め得る。Cf., B. Russell, *op. cit.*, p. 708. 市井訳・一五八―九頁。

⑥ モンテスキューは、経験主義的な社会理論・法理論の祖として知られている。然しながら、注目すべきことは、モンテスキューの経験主義は、遂にフランスに広く深い根を下すに到らなかったように見えることである。Cf., Mirkine-Guetzevitch, *De l'«Esprit des lois» à la démocratie moderne dans La Pensée Politique et Constitutionnelle de Montesquieu* (Bicentenaire de l'Esprit des Lois), pp. 16-7; A. Siegfried, *Approaches to an understanding of modern France*, Modern France edited by E. M. Earle, 1951, pp. 5-7, 11, 13.

⑦ G. Santayana, *Character and Opinion in the United States*, 1955, pp. 124-7.

⑧ G. Santayana, *op. cit.*, pp. 119-20.

⑨ E. Barker, *Britain and the British People*, pp. 19, 116; *Essays on Government*, pp. 35-6.